نظرية الاستحسان

في التشريع الإسلامي وصلتها بالمصلحة المرسلة

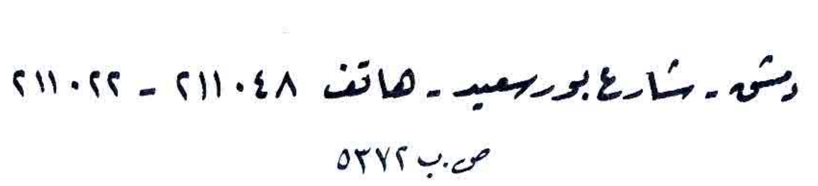
تأليف
الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور
عضو مجمع الفقه الإسلامي بجدة

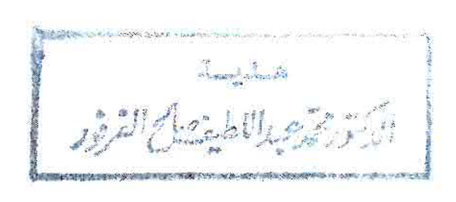


طبعة أولى
١٩٨٧

طبع في مطابع الشام



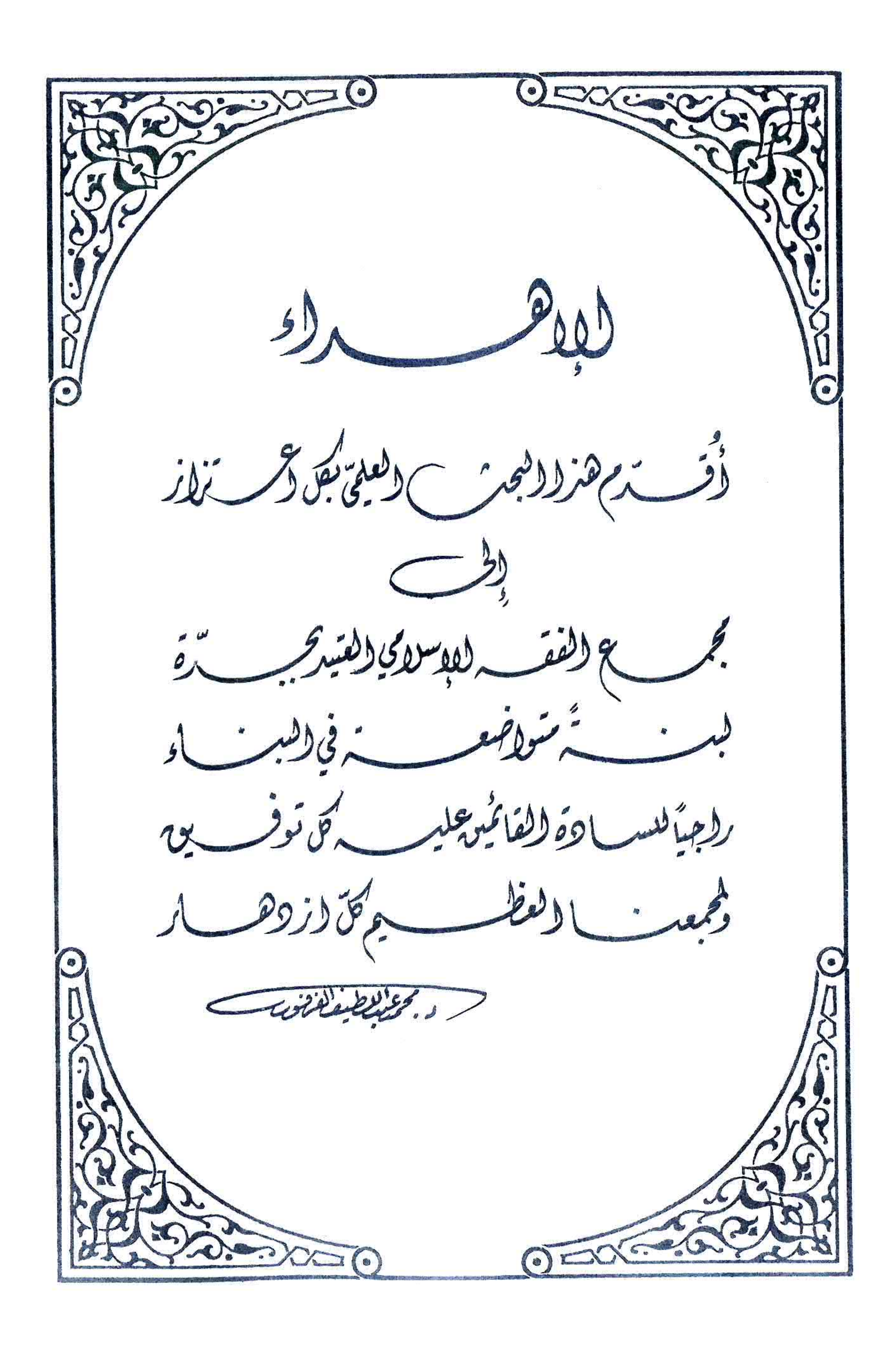




هذا البحث العلمي قُدّم إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر (قسم الفقه المقارن)

فنال به المؤلف درجة التبريز (الماجستير) بامتياز مع مرتبة الشرف

في الفقه وأصوله



الإهداء

أُقدّم هذا البحث العلميّ بكل اعتزاز

إلى

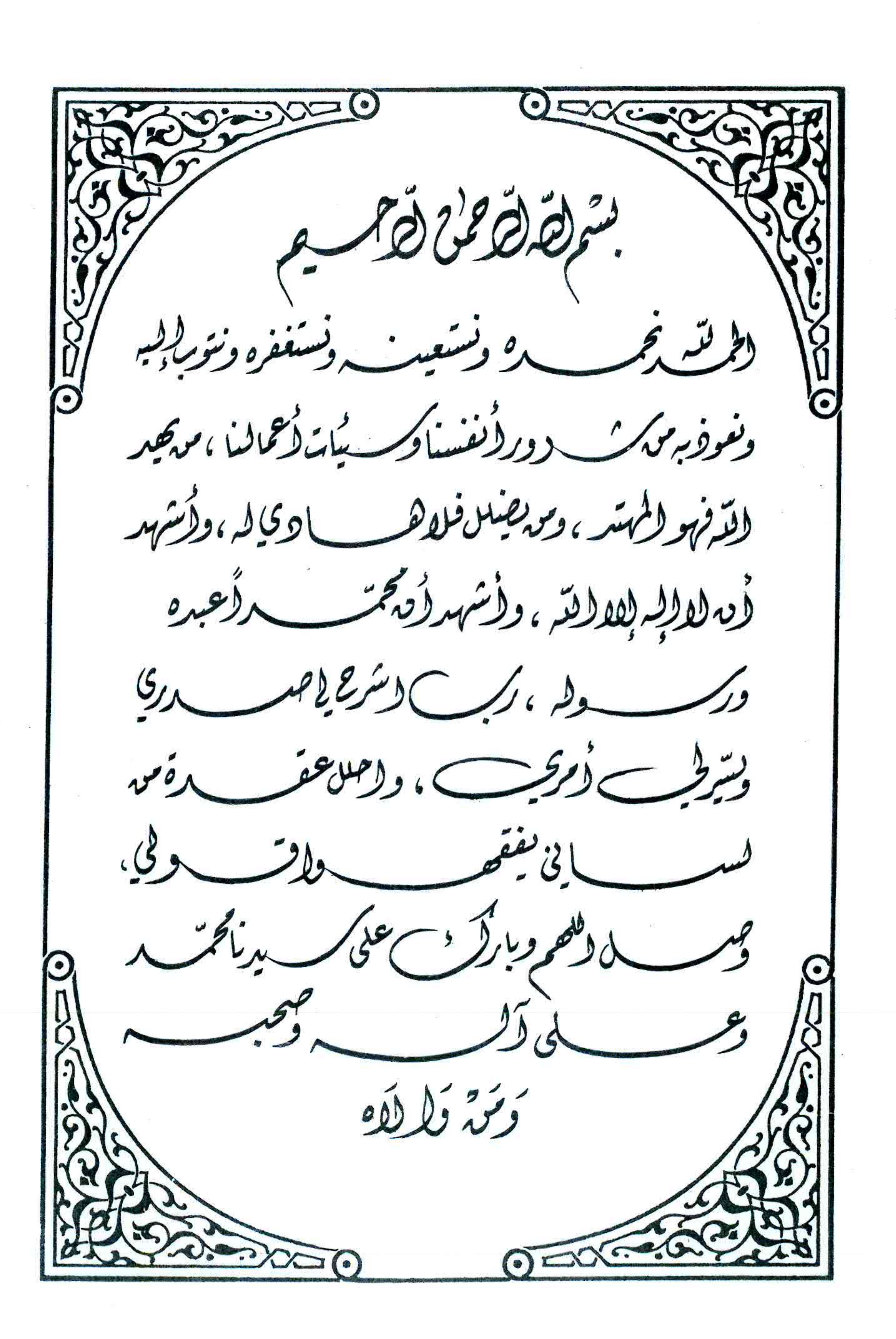
مجمع الفقه الإسلامي العتيد بجدّة

لبنةً متواضعة في البناء

راجياً للسادة القائمين عليه كل توفيق

ولمجمعنا العظيم كلّ ازدهار

د. محمد عبد اللطيف الفرفور



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه ونعوذ به من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهد الله فهو المهتد ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، رب اشرح لي صدري ويسّر لي أمري ، واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي ، وصل اللهم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن والاه

من نور كتاب الله عز وجل

● **قال الله تعالى** : (يُؤتي الحِكْمةَ مَن يشاء ، ومَنْ يُؤتَ الحكمةَ فقد أُوتي خيرا كثيرا وما يذَّكر إلا أُولو الألبابِ) سورة البقرة ٢٦٩

* وقال الله تعالى :
(يُريد الله بكمُ اليُسْرَ ولايُريدُ بكمُ العُسْرَ) سورة البقرة ١٨٥
* وقال تعالى :
(وأْمر قومَك يأْخذوا بِأَحْسنِها) سورة الأعراف ١٤٥
* وقال تعالى :
(واتَّبعوا أَحْسَن ما أُنزل إليكم من ربِّكم) سورة الزمر ٥٥
* وقال تعالى :
(فَبَشِّرْ عِبادِ ، الذين يَسْتمعونَ القَوْلَ فيتَّبعونَ أَحْسَنَهُ أولئك الذين هَداهُم الله وأولئك هُمْ أولو الألبابِ) سورة الزُّمر ١٧ ، ١٨
* وقال تعالى :
(وما جَعَل عليكمْ في الدِّين مِنْ حَرَجٍ ، مِلَّةَ أبيكم إبراهيمَ هو سَمّاكُم المسلمينَ مِنْ قبلُ . وفي هذا لِيكونَ الرسولُ شَهيداً عليكم وتَكونوا شُهداءَ على الناس فأَقيموا الصلاةَ وآتوا الزكاةَ واعتصموا بالله هو مولاكم فَنِعم المَوْلى ونِعْمَ النَّصيرُ)

سورة الحج ٧٨

من هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأئمة الدين

عن عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
(إذا قضى القاضي فاجتهد وأصاب فله عشرة أجور وإذا اجتهد وأخطأ فله أجر أو أجران)

رواه أحمد والطبراني في الأوسط

عن عقبة بن عامر الجُهني عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
(اجتهدْ فإن أصبت فلك عشر حسنات وإن لم تُصب فلك حسنة)
رواه الطبراني في الصغير والأوسط

عن أنس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال :
يَسِّروا ولا تعسِّروا وبَشِّروا ولا تُنَفِّروا)
متفق عليه ورواه أحمد في مسنده وصححه ورواه النَّسائي

روى ابنُ القاسم عن مالك رضي الله عنه أنه قال :
(تسعةُ أعشار العلم الاستحسانُ) الموافقات للشاطبي

وروى أصبغ المالكي قائلا :
(إن المُغْرِق في القياس يكاد يُفارق السنّة ، وإن الاستحسان عِماد العِلْمِ)

وروى الإمام محمد بن الحسن الشيباني قائلا :
(كان أبو حنيفة إذا قاس نَازَعه أصحابُه المقاييس ، فإذا قال أَستحسن لم يَلْحق به أحد) .



(١)

ليس هنالك ظلال من شك في أن الفقه الإسلامي فقه خالد اكتملت فيه عناصر البقاء والحياة ، بما حوى من مرونة وبما وهبه الله سبحانه من صلاحية التطبيق في كل زمان ومكان ، وبما تقوم عليه دعائمه وأركانه من نظريات فقهية كبرى ، ومبادىء خالدة الذِّكر . .

(٢)

من هذه المبادىء التشريعية الاستحسان وهو ما عبَّر عنه فقهاء القانون الوضعي بـ(الجنوح إلى روح العدالة) وقد سبق الفقه الإسلامي الفقهَ الوضعيَّ بهذا المبدأ التشريعي الفذ قرونا من الزمن مِن حيث بنى عليه الفقه الإسلامي ورجالُه العظماء ألوفا من الأحكام التفصيلية تزخر بها كتب الفقه ومدوَّناته في جمهرة المذاهب الفقهية الإسلامية .

(٣)

ولقد كان الاستحسان محل خلاف وجَدَل بين الأصوليين القُدامى طال أمده وكثر القول فيه ، ولم يَصْدُروا عن قول واحد ، والواقع أنهم رضي الله عنهم بالرغم من جلالة أقدارهم وثاقب نظرهم ، وبُعْد غورهم ، لم يحرروا محلَّ الخلاف فيه ، إلا بعضَ المعاصرين ممن كتبوا فيه شذرات أُشير إليها في مسرد المراجع ، وهم لو فعلوا في الاستحسان وغيره من المبادىء التشريعية لانتهى الأمر من جدل يؤول الكلام فيه إلى خلاف لفظي بحت .

(٤)

أمَّا بعد ، فالاستحسان من الشوامخ الخلافية في المباحث الأصولية ، وكل عنصر من عناصره محفوف بأنظار متباينة وجدل طويل ، ففي تحديد معناه أقوال

وأقوال ، وفي تقاسيمه تضطرب الأنواع والأمثال ، وفي الاستدلال به يتنازع الأئمة بين الإعمال والإبطال .

(٥)

وهو على هذا الوجه تنشرح له الصدور ، لأنه خير شاهد على دقة فقهاء الإسلام ، وأنهم يقلِّبون الأمر على جميع وجوهه عند استنباط الأحكام ، ومهما تفرقت بك السبل فسوف تَحْمَدُ السُّرَى لأنك ستبلغ مرونة الشريعة التي مَردُّها إلى دلالات الذِّكر الحكيم وهَدْي النبي الكريم ، وسيزداد يقين المنصف من الباحثين بأنها قامت على السماحة واليسر والخير العميم .

(٦)

وإنك وَاجدُ أيها الأخ القارىء في هذا الكتاب إن شاء الله تصديقا عمليا للمنهج الإسلامي العظيم :

(إنْ كنتَ ناقلا فالصِّحة ، وإنْ كنتَ مدَّعيا فالدليل) وقد بذلتُ فيه قُصَارى جهدي ، وهو جهد مقل .

فما كان صوابا فمن الله ، وما كان غير ذلك فمني وأستغفره تعالى وأستقيله ، ورحم الله الإمام أبا حنيفة ورضي عنه حيث قال (عِلْمُنا هذا رَأْيٌ ، وهو أَحْسن ما قدرنا عليه ، فَمَن جاءنا بأحسن منه كان أَحَقَّ) .

والله يقول الحقَّ وهو يهدي السَّبيل .

المؤلف

دمشق الشام ١٤٠٥/١٢/٩هـ يوم عرفة
ضحوة الأحد ١٩٨٥/٨/٢٥ م

مُخَطَّطُ البَحْث

يشتمل البحث في هذا الكتاب على أربعة أبواب وخاتمة :

١) الباب الأول : مدخل إلى مباحث الاستحسان في الفقه الإسلامي وأصوله ، ويشمل فصولاً ثلاثة :

١ ـ الفصل الأول : الاجتهاد : تعريفه وحُجِّيته وأنواعه .
٢ ـ الفصل الثاني : الاجتهاد بالرأي .
٣ ـ الفصل الثالث : الاستثناء من عموم الأدلة وصلته بالاستحسان

٢) الباب الثاني : التعريف بالاستحسان ومدى حُجِّيته ، ويشمل فصلين :

١ ـ الفصل الأول : التعريف بالاستحسان ، وضوابطه .
٢ ـ الفصل الثاني : حُجِّيَّة الاستحسان .

٣) الباب الثالث : فقه الاستحسان : ويشمل فصولا ثلاثة :

١ ـ الفصل الأول : فقه أنواع الاستحسان .
٢ ـ الفصل الثاني : مَحَلّ الاجتهاد الاستحساني .
٣ ـ الفصل الثالث : تطبيقات فقهية على الاستحسان .

٤) الباب الرابع : ثمرات الاستحسان : ويشمل ثلاثة فصول :

١ ـ الفصل الأول : إمكان إيجاد حلول جديدة على ضوء الاستحسانين القياسي والضروري .
٢ ـ الفصل الثاني : مرونة الفقه الإسلامي بالاستحسان .
٣ ـ الفصل الثالث : الاجتهاد الاستحساني والتشريع الإصلاحي .

خاتمة البحث .

الباب الأول

مدخل

... إلى مباحث الاستحسان في الفقه الإسلامي وأصوله

الفصل الأول : تعريف الاجتهاد وحجِّيته وأنواعه

الفصل الثاني : الاجتهاد بالرأي

الفصل الثالث : الاستثناء من عموم الأدلة وصلته بالاستحسان

الفصل الأول

تعريف الاجتهاد

وحجيته وأنواعه

المبحث الأول

تعريف الاجتهاد

الاجتهاد في اللغة : هو (بذل المجهود واستفراغ الوُسعِ في تحقيق أمر من الأمور المُهِمة) ولا يُستعمل إلا فيما فيه كُلْفةٌ ومشقة .

وفي اصطلاح الأصوليين هو (استفراغ الجُهد في دَرْك الأحكام الشرعية)[1] ذَكَره القاضي البيضاوي ، والاستفراغ معناه بَذْل الوُسع والطاقة ، ودَرْكُ الأحكام أَعَمُّ من أن يكون على سبيل القطع أو الظن .

---

١ ـ شرح الإسنوي على المنهاج جـ ٣ ص ٢٣٢ .

المبحث الثاني

حجية الاجتهاد

الاجتهاد أصل من أصول الشريعة دلت أدلة كثيرة عن جوازه إما بطريقة التصريح أو الإشارة ، وذلك من الكتاب والسنة وعمل الصحابة والإجماع :

أ ـ أَمَّا من القرآن الكريم فقد ورد قوله تعالى (إنَّا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لِتحكم بين الناس بما أراك الله) النساء ١٠٤ .

ووجه الدلالة من هذه الآية أنها تضمنت إقرار الاجتهاد بطريق القياس .

ب ـ ومن السُنَّة ما ورد بتجويز الاجتهاد فقد ورد عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر) .[1]

ومنها حديث معاذ رضي الله عنه حينما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم قاضياً إلى اليمن فقال :

(بِمَ تقضي . . ؟ قال بما في كتاب الله ، قال : فإنْ لم تجد في كتاب الله ؟ قال : أقضي بما قضى به رسول الله ، قال : فإنْ لم تَجد فيما قضى به رسول الله ؟ قال : أَجتهد برأيي . قال : الحمد لله الذي وفَّق رسولَ رسولِه)[2] .

جـ ـ وقد اتَّبع الصحابة طريق الاجتهاد فيما لم يعثروا فيه على نص قرآني أو سنة ، فكان أبو بكر رضي الله عنه إذا نزلت به قضية فلم يجد في كتاب الله تعالى

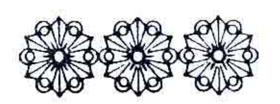
---

(١) الرسالة ص٤٩٤، مجمع الزوائد ٤ ص ١٩٥ ، واللفظ في مجمع الزوائد : (إذا قضى القاضي فاجتهد وأصاب فله عشرة أجور ، وإذا اجتهد وأخطأ فله أجر أو أجران) رواه أحمد والطبراني في الأوسط .

(٢) كشف الأسرار ٣ ص ٩٩٨ .

منها أصلا ولا في السنة أثرا اجتهد برأيه[1] وكذلك كان سيدنا عمر والخلفاء الراشدون .[2] .

د - وعلى ذلك إجماع الصحابة[3] .



(١) الإحكام لابن حزم ٦ ص ٧٨٥ .

(٢) ومن ذلك قضية قسمة أراضي العراق التي تُعرف في كتب الفقه بقسمة سواد العراق وفيها مثال على الاجتهاد الاستحساني ذكرها بطولها الإمام أبو يوسف وذلك في كتابه العظيم (الخراج ص ٢٣ - ٢٧ ط القاهرة) .

(٣) المِلَل والنِّحل ١ ص ١٩٨ .

المبحث الثالث

أنواع الاجتهاد

الاجتهاد العام يشمل أنواعا ثلاثة :

١ ـ بذل الجهد للتوصل إلى الحكم المراد من النص ظنيٍّ الدَّلالة .

٢ ـ ويشمل بذل الجهد للتوصل إلى الحكم بتطبيق قواعد الشرع الكلية .

٣ ـ ويشمل بذل الجهد للتوصل إلى الحكم فيما لا نصَّ فيه بالقياس أو الاستحسان أو الاستصلاح أو غير هذا من الوسائل التي أرشد الشرع إليها للاستنباط فيما لا نص فيه . وهذا الأخير يقال له الاجتهاد بالرأي .[1] .

والأول يُسمى بالاجتهاد البياني .

والثاني يُسمى بالاجتهاد التطبيقي[2] .

---

(١) مصادر التشريع ص ٨ .

(٢) وقد مثَّل الأصوليون للاجتهادين البياني وبالرأي بقصة قسمة سواد العراق التي ذكرها الإمام أبو يوسف في كتابه الخراج ، ومثلوا للاجتهاد التطبيقي بقصة توريث الجدة لأب بالقياس على ما ورد في السنة من توريث الجدة لأم بل الجدة لأب أَوْلى ، انظر أعلام الموقعين ص ٢٥٩ وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٧٤٤ .

الفصل الثاني

الاجتهاد بالرأي

تقدم أن المراد بالاجتهاد اصطلاحا (هو بذل الجهد للتوصل إلى الحكم الشرعي العملي من دليله التفصيلي) ، والمراد بالرأي اصطلاحا (التعقل والتفكير بوسيلة من الوسائل التي أرشد الشرع إلى الاهتداء بها في الاستنباط حيث لانص).

فالاجتهاد بالرأي (هو بذل الجهد للتوصل إلى الحكم في واقعة لا نَصَّ فيها بالتفكير واستخدام الوسائل التي هَدَى الشرع إليها للاستنباط بها فيما لا نص فيه) وعلى هذا ، **فالاجتهاد في واقعة فيها نص ظني الدلالة لتعيين المراد من النص لا يسمى في الاصطلاح الأصولي اجتهادا بالرأي ، والاجتهاد في واقعة لا نص فيها بغير الوسائل التي أرشد إليها الشرع لا يسمى في الاصطلاح الأصولي اجتهادا بالرأي .**

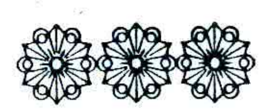
فالرأي الذي هو أساس الاجتهاد فيما لا نص فيه هو التفكير بطرق التفكير التي أرشد إليها الشرع لأنها أقرب إلى الصواب وأبعد عن الزلل ، وتهدف إلى المصالح العامة الحقيقية ، وهذا هو الرأي المحمود وهو المراد في قول معاذ بن جبل حين سأله رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد وَلاَّه القضاء باليمن (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال معاذ : أقضي بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيي) .

وهو المراد بقول أبي بكر رضي الله عنه وقد سئل عن معنى **الكَلالَة** في قوله سبحانه (وإن كان رجلٌ يُورَث كَلالَة) قال :

(أقول فيها برأيي فإن كان صوابا فمن الله ، وإن كان خطأً فمني ، الكلاَلَة قرابةُ غير الولد والوالد) .

وأما الرأي ، أي التفكير بغير الطرق التي مَهَّد لها الشرع فهذا في الغالب يكون تفكيراً بالهوى وقريبا من الزلل ، وهذا هو الرأي المذموم وهو المراد بقول عمر رضي الله عنه (إياكم وأصحاب الرأي) ويقول كثير من الصحابة (مَنْ قال في الشرع برأيه فقد ضلَّ وأضلَّ)

ومن هذا يتبين أن الاجتهاد بالرأي نوع من أنواع الاجتهاد العام[1] .



(١) مصادر التشريع ص ٨ .

الفصل الثالث

بين الاستحسان والاستثناء

من عموم الأدلة

الاستثناء من القرآن والسنة

المبحث الأول

أولاً من القرآن

من يتتبع آيات التشريع في كتاب الله يجد أمثلة كثيرة للاستثناء يتضمن النص في كل صورة حكمين . أحدهما للحالة العادية ، وثانيهما لظرف طارىء يقتضي التخفيف من الحكم الأول لما يترتب على تطبيقه من حرج شديد أو مشقة بالغة قد تصل إلى الهلاك ، ولا يُعقل أن يشرع الحكيم سبحانه أحكاما جاءت أول الأمر للمحافظة على أمور ضرورية منها النفس ثم يهدر هذه النفوس من غير جناية من أصحابها .

ثم إن النصوص الاستثنائية مع اتفاقها على التخفيف ورفع الحرج تختلف في التعبير عن الحكم المستثنى ، فمنها ما يُعبِّر بأداة الاستثناء ، ومنها ما يرفع الجُناح والمؤاخذة إذا كان الحكم الأصلي تحريما لأشياء معيَّنة ، ومنها ما يرسم طريقة العمل الاستثنائي إن كان التشريع عملاً واجباً . كما أنه في بعض المواضيع يأتي الحكم الاستثنائي مع الحكم الأصلي في نص واحد ، وفي بعضها يجيء كل حكم منهما في نص خاص ، يتأخر نص الحكم المستثنى عن النص الآخر .

ودونك بعض هذه الأمثلة :

١ ـ يقول الله تعالى : «من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أُكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكنْ من شَرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم . ذلك بأنهم استَحَبُّوا الحياة الدنيا على الآخرة وإن الله لا يهدي القومَ الكافرين» . النحل ـ ١٠٦ ، ١٠٧ .

هاتان الآيتان الكريمتان بَيَّنتا حكم الكفر بالله بعد الإيمان من أنه أمر في غاية القبح يستحق فاعله غضب الله وله في الآخرة عذاب عظيم لا يعلم مقداره إلا الله ، ولكنها استثنت مِن ذلك المُكْرَه وهو الذي يُجْبَر على الكفر بالتهديد بالقتل فقد رُخِّص له النطق بكلمة الكفر ما دام قلبه مطمئنا بالإيمان .

وإذا كانت الآية سمحت بالكفر للمُكْرَه وبيَّنت أن الله لا يؤاخذه به فيكون غيرهُ من الأفعال المُحَرَّمة أَوْلى بعدم المؤاخذة . وقد رُوي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «رُفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» . ومن هنا قرر العلماء أن ذلك الحكم يجري في فروع الشريعة كلها فإن وقع الإكراه عليها لم يُؤاخذ به من أُكره . وعلماء التفسير يَحْكون خلافا بين الفقهاء فيما رُخِّص به في هذه الآية ، هل هو مجرد النطق بكلمة الكفر أو أن الرخصة شاملة للقول والفعل كالإكراه على السجود لغير الله مثلا . والآية بإطلاقها شاملة للنوعين .

ومع هذا الاختلاف فقد اتفقوا على أن من صبر على ذلك واختار القتل كان أعظم أجرا عند الله مِمَّن اختار الرخصة(١) .

٢ ـ قال الله تعالى : «إنَّ الذين توفّاهُمُ الملائكةُ ظَالمي أنفسِهم قالوا فيمَ كنتم ؟ قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرضُ الله واسعةً فتُهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا . إلا المُسْتضعفين من الرجال والنساء والوِلدان لا يستطيعون حِيلةً ولا يَهتدون سبيلا . فأولئك عسى الله أن يَعْفوَ عنهم وكان الله عَفُوًّا غفورا» النساء ٩٧ ـ ٩٩ .

في هذه الآيات يُبيِّن الله عاقبة الذين ظلموا أنفسهم بترك الهجرة في سبيل الله بأن الملائكة تُوَبِّخُهُمْ على فعلهم وأنه سبحانه أَعَدَّ لهم عذابا أليما في جهنم ، ثم استثنى المستضعفين الذين لا يستطيعون التحايل على الخروج والفرار بدينهم من الظلم والاضطهاد . فإنَّ هؤلاء لن يُؤاخذوا على عدم الهجرة لعجزهم عن الأسباب ، لذلك استَحقوا العفوَ والغفران من العَفُوِّ الغَفور .

والآية وإن نزلت أوَّل الأمر في جماعة من المسلمين تَخَلَّفوا عن الهجرة إلى المدينة حينما كانت الهجرة واجبة إليها إلا أنَّ حكمها باق ما بقي الزمن فَتَوَجَّب على المسلمين الفرار بدينهم من كل أرض يضطهدهم فيها أعداء الدين ليفتنوهم عن دينهم . فقد روي أنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «مَنْ فَرَّ بدينه من أرض

---

(١) راجع تفسير القرطبي جـ ١٠ ص ١٨١ وما بعدها .

إلى أرض وإن كان شبرا استوجب الجنة وكان رفيقَ إبراهيم ومحمد عليهما السلام»[1] .

ويقول ابن كثير في تفسيره[2] : نزلت هذه الآية الكريمة عامةً في كل من أقام بين ظَهراني المشركين وهو قادر على الهجرة وليس متمكنا من إقامة الدين فهو ظالم لنفسه مرتكب حراما بالإجماع .

٣ - يقول عزَّ شَأْنُه : «لا يستوي القاعدون من المؤمنين غيرُ أُولي الضَّرر والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم فَضَّل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجةً وكُلًّا وعد الله الحسنى ، وفضَّل الله المجاهدين على القاعدين أجراً عظيما ، درجاتٍ منه ومغفرةً ورحمةً وكان الله غفورا رحيما» النساء ٩٥ - ٩٦ .

ينفي الله في هاتين الآيتين المساواةَ بين فريقين من المؤمنين الذين قعدوا ولم يخرجوا للجهاد والذين جاهدوا بأموالهم وأنفسهم ، لذلك فَضَّل المجاهدين درجةً كبيرة هي درجاتٌ عند الله تَكَفَّل بها وَوَعدهم بالوفاء بها ولن يُخلف الله وعده ولكنه استثنى أولي الضرر وهم أصحاب الأعذار الذين لا يستطيعون الجهاد فلم يجعلهم في كِفَّةِ القاعدين دون عذر في الحُكْم عليهم بأنهم أقل من المجاهدين درجة . وفي هذا إشارة إلى أنهم مع الفريق الثاني وهم المجاهدون في استحقاق ثواب الجهاد لأن الآية قسمت المؤمنين إلى فريقين فريق المجاهدين وفريق القاعدين ، فإذا لم يكن أصحاب الاعذار مع القاعدين كانوا مع المجاهدين لأن الأعذار منعتهم ، ولولا ذلك لخرجوا للجهاد فقد خفَّف الله عنهم فلم يوجب الجهاد عليهم ومع ذلك جعل لهم أجر المجاهدين .

يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم المبيِّنُ لكتاب الله فيما روي عنه أنه لما رجع من بعض غزواته قال «إنَّ بالمدينة رجالا ما قطعتم واديا ولا سرتم مسيرا إلا كانوا معكم أولئك قوم حَبَسهم العُذْرُ»[3] .

(١) تفسير القرطبي جـ ٥ ص ٣٤٧ .
(٢) جـ ١ ص ٥٤٢ .
(٣) تفسير القرطبي جـ ٥ ص ٣٤٢ .

وفي رواية البخاري كما نقلها ابن كثير في تفسيره[1] «إنّ بالمدينة أقواما ما سرتم من مسير ولا قطعتم من واد إلا وهم معكم فيه . قالوا : وهم بالمدينة يا رسول الله . قال : نعم حَسَبهم العُذْرُ» .

هذا ، وَمَنْ يقف على سبب نزول هذه الآية والاستثناء فيها يَتَجلَّى له فضلُ الله على هؤلاء العاجزين وسرعة استجابته لهم فقد روى المفسرون أنه لما نزلت الآية «لا يستوي القاعدون من المؤمنين» لم يكن فيها غير أولي الضرر دعا رسول الله زيد بن ثابت ليكتبها فلما سمعها ابنُ أم مكتوم وكان رجلا أعمى وعرف فضل المجاهدين قال يا رسول الله : فكيف بمن لا يستطيع الجهاد من المؤمنين ؟ فلما قَضَى كلامه غَشيتْ رسولَ الله السكينةُ وظَهرت عليه أَمارات الوحي ، ثم سُرِّي عنه فقال اقرأ يا زيد فقرأ صَدْرَ الآية «لا يستوي القاعدون من المؤمنين» فقال رسول الله «غيرُ أولي الضرَّر»[2] .

٤ ـ يقول جَلَّ شأنه : «حافظوا على الصَّلواتِ والصلاة الوُسْطى وقوموا لله قانتين فإنْ خفتم فرجالا أو ركبانا فإذا أَمِنْتُم فاذكروا الله كما علَّمكم ما لم تكونوا تعلمون» البقرة ٢٣٨ ـ ٢٣٩ .

يأمر الله في هاتين الآيتين بالمحافظة على الصلوات في أوقاتها والخشوع فيها كما شرعها ثم يُرَخص في حالة الخوف وهي الحال التي يُشْغَلُ فيها عن أدائها على الوجه الأكمل ـ أن يُصَلِّي الناس رجالا أو ركبانا حيثما توجَّهوا بالركوع والسجود أو بالإيماء كيفما تَيَسَّر لهم إذا صلوا فُرادى ، وأطلق في الخوف فذهب العلماء في تفسيره مذاهب كما اختلفوا في إعادة الصلاة بعد ذهاب الخوف أو عدم إعادتها .

فإذا ما ذهب الخوف عاد الأمر كما كان «فإذا أمنتم فاذكروا الله كما عَلَّمكم» أي أَقيموا الصلاة كما أُمرتم فَأَتموا ركوعها وسجودها وقيامها وقعودها وخشوعها[3] كما صرَّحت الآية الأخرى في سورة النساء «فإذا اطْمأْنَنْتُم فأقيموا الصلاة إنَّ

---

(١) جـ ١ ص ٥٤١ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٤٠ .

(٣) تفسير القرطبي : ٣ ص ٢٢٣ وتفسير ابن كثير جـ ١ ص ٢٩٥ .

الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا» أي مفروضا وقيل مُنَجَّما كلَّما مضى نجم جاء نجم ، يعني كلما مضى وقت جاء وقت آخر .

ولأهمية الصلاة وأنها لا تسقط بحال ما دام التكليف بها قائما شرع الله لها هيئةً خاصة حالةَ الخوف في الحرب إذا صُلِّيت في جماعة . فيقول سبحانه في سورة النساء : «وإذا كنتَ فيهم فأقمتَ لهم الصلاة فَلْتَقُم طائفةٌ منهم معك ولْيأخذوا أسلحتهم فإذا سجدوا فليكونوا من ورائكم ولْتَأْتِ طائفةٌ أخرى لم يصلوا فلْيصلوا معك ولْيأخذوا حِذْرهم وأَسلحتهم ، وَدَّ الذين كفروا لو تَغْفُلُون عن أسلحتكم وأمتعتكم فيميلون عليكم مَيْلةً واحدةً ولا جُناحَ عليكم إن كان بكم أذى من مطر أو كنتم مرضى أن تضعوا أسلحتكم وخُذوا حِذْرَكم إنَّ اللهأعد للكافرين عذابا مُهينا» .

فقد بَيَّنَتِ هذه الآية الكيفيةَ التي تُؤدىٰ بها الصلاة في جماعة حالةَ الحرب ، ولا شك أنها حالة استثنائية ، ولذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أنها كانت مشروعة في حياة رسول الله لأنهم كانوا يحبون الصلاة خلفه ، وأما بعده فَلْيُصلِّ كلُّ إمام بجماعة . والجمهور على أنها عامة لأنَّا مأمورون بالتأسي برسول الله وقد تكررت صلاة الخوف - منه في حياته ولم يَنْزِلْ ما يَنْسَخُ هذا العملَ المشروع أو يدل على خُصوصه غير ما جاء في صَدْر الآية «وإذا كنتَ فيهم فأقمتَ لهم الصلاةَ» وهو غير قاطع في الخصوص ، لأنَّ الأصل في التكاليف العموم ، والخطاب لرسول الله خطاب لأمته من بعده .

أَلَا تَرى قوله تعالى «خُذْ مِنْ أموالهم صدقةً تُطهِّرهم وتُزكِّيهم بها وَصَلِّ عليهم إن صلاتك سَكَنٌ لهم» فإِنَّ الخطاب فيها لرسول الله ولم يُفِدْ قصر أخذ الزكاة عليه وحده ، ولذلك أجمع المسلمون على قتال مانعي الزكاة بعد وفاته متمسكين بهذه الآية[1] .

ومع أَنَّ الآية وردتْ في حالةٍ استثنائية تُبيِّن الطريقة التي تُصَلَّى بها الصلاة في جماعة حالةَ القتال فقد تضمنت ترخيصا آخر في هذه الصلاة حيث أَوجبت في

---

(١) تفسير القرطبي جـ ٥ ص ٣٦٤ وما بعدها وتفسير ابن كثير جـ ١ ص ٥٤٨ .

أولها حمل المصلين لأسلحتهم ثم رخص لهم في وضعها مع اتخاذهم الحِذْر إذا كان لهم عذر من مطر أو مرض يشق معه حمل السلاح «ولا جُناح عليكم إنْ كان بكم أذى من مطر أو كنتم مَرْضي أن تَضَعوا أسلحتكم وخُذوا حذركم» تفسير المنار جـ ٥ ص ٣٧٤ .

ثم إنَّ الاستثناء في الصلاة والترخُّص فيها لم يقف عند قصر هيئتها في حالة الخوف بل شُرِع قَصْرُ عدد ركعاتها في السفر قبل شرعية صلاة الخوف بعام **عندما سأل جماعة من بني النجّار رسول الله فقالوا: يا رسول الله نَضْرب في الأرض** فكيف نُصلي ؟ فأنزل الله عز وجل «وإذا ضَرَبتُم في الأرض فليس عليكم جُناح أن **تقصُروا** من الصلاة إنْ خفتم أَنْ يفتنكم الذين كفروا إنَّ الكافرين كانوا لكم عدواً مبينا» النسَاء ١٠١ .

فالآية تُصرِّح برفع الجُناح عنهم في قصر الصلاة في السفر لأن قصرها يخالف صورة الصلاة المشروعة في حالة الإقامة ، والسفر حالة استثنائية تَعْرِض للإنسان في أوقات قليلة .

ومن هذه الآيات نَجدُ أَنَّ الصلاة تُؤدَّى بِصُورٍ مختلفة فَتُؤدى في حالة الأمن والإقامة تامة كاملة كما شُرعت ، وفي حالةِ السَّفر مع الأمن تُؤدَى كاملة الأركان مع قَصْرِ ركعاتها ، وفي حالة السفر مع الخوف تُؤدَّى مقصورة الركعات والأركان بأن يصلي الشخص الصلاة الرُّباعية ركعتين كيفما اتفق له راكبا أو راجلا بركوع أو سجود أو بالإيماء ، وفي حالة الخوف الذي لا سفر معه تُؤدَّى كاملةَ العدد مقصورةَ الأركان كما بَيَّنا .

يقول ابن القَيِّم في الهَدْي النَّبوي في فصل صلاة الخوف :(وكان من هَدْيه عليه الصلاة والسلام في صلاة الخوف أَنْ أباح سبحانه وتعالى قَصْرَ أركان الصلاة وعددها إذا اجتمع الخوف والسفر ، وقصرَ العدد وحده إذا كان سَفَرٌ لا خوفَ معه، وقصرَ الأركان وحدها إذا كان خوف لاسفرَ معه، وهكذاكان هَدْيه صلى الله عليه وسلم وبه يُعْلَمُ الحِكْمةُ في تقييد القَصْر في الآية بالضَرْبِ في الأرض والخوف)[1] .

(١) تفسير المنار جـ ٥ ص ٣٦٤ .

٥ ـ يقول الله تعالى «إنما حَرَّم عليكم المَيْتَةَ والدَّمَ ولَحْمَ الخِنْزير وما أُهلَّ به لِغَيْر الله فَمَنِ اضْطُرَّ غَيرَ بَاغٍ ولا عَادٍ فلا إِثْم عليه إنَّ الله غفور رحيم» البقرة ١٧٣ .

يُحَرِّم الله في هذه الآية أنواعا أربعةً تحريما مؤكَّداً ثم يرفع الإثم عن المُضْطَر إبقاءً لحياته وهي حالة استثنائية ، وفي سورة المائدة يَضُمُّ إلى هذه الأربعة أنواعا أخرى ثم يقول سبحانه : «فَمَنِ اضْطُرَّ في مَخْمَصةٍ غيرَ مُتَجانِفٍ لإثم فإنَّ الله غفور رحيم» ويقول في سورة الأنعام ـ ١٤٥ : «فَمَنِ اضطُر غيرَ باغٍ ولا عادٍ فإن ربك غفور رحيم» ففي هذه النصوص الثلاثة يوضح المَوْلى حَدَّ الضرورة التي يرتفع معها الإثم والجُناح عمَّن يتناول شيئاً محرَّما .

٦ ـ يقول جل شأنه في تشريع الصيام ـ بعد أن بَيَّنَ أنه مكتوب علينا كما كتب على الذين من قبلنا : «فَمَنْ شَهِدَ منكُم الشهر فَلْيَصُمْه وَمَن كان مريضا أو على سفر فَعِدَّةٌ من أَيام أُخَر يُريد الله بكم اليُسْرَ ولا يريد بكم العُسْرَ ولِتُكْمِلوا العِدَّة ولِتُكبِّروا الله على ما هَدَاكم ولعلكم تَشْكرون» البقرة ـ ١٨٥ .

ففي هذه الآية يوجب الله الصوم إيجابا مُحَتَّما على من شهد استهلال الشهر إذا كان مقيما في البلد حين دخل شهرُ رمضان وهو صحيح في بدنه .

ثم رخَّص للمريض والمسافر في الإفطار بشرط القضاء . وعَلَّل الترخيص بقوله «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر» أي إنه رخص لكم في الفطر في حالتي المرض والسفر مع تَحتُّم الصوم في حق المقيم الصحيح تيسيرا عليكم ورحمة بكم[1] .

٧ ـ يقول تبارك وتعالى «وَأَتِمُّوا الحَجَّ والعُمْرةَ لله فإنْ أُحصرتم فما آسْتَيْسَرَ من الهَدْي ولا تَحْلِقوا رؤوسكم حتى يَبْلُغ الهَدْي مَحِلَّه فَمَنْ كان منكم مريضا أو به أذىً مِنْ رأسه ففديةمن صيام أو صدقة أو نُسُك ، فإذا أَمِنْتُمْ فَمَنْ تَمَتَّع بالعمرة إلى الحج فما آسْتَيْسَرَ من الهَدْي ، فمن لم يجد فصيامُ ثلاثةِ أيام في الحج وسَبْعةٍ إذا رَجَعتم تلك عَشَرَةٌ كاملة ذلك لمن لم يكن أهلُه حاضري المسجد الحرام واتقوا الله واعلموا

---

(١) تفسير ابن كثير جـ ١ ص ٢١٧ .

أن الله شديد العقاب» البقرة ـ ١٩٦ .

في هذه الآية يوجب الله إتمامَ الحج والعمرة ثم يَستثني حالة الإحصار وهي ما إذا وُجِدَ مانع يمنع من وصولهم إلى البيت أَعَمُّ من أن يكون عدواً أو مرضا أو غيرهما فَرَخَّص فيها بأن يذبح الشخص ما تيسر له من الهَدْي وهو ما يُهدى إلى الحَرَم من النَّعم وهي الإبل والبقر والغنم كلٌّ حسب قدرته . ولا شك أن في هذا تيسيرا على المكلفين بأداء الحج والعمرة .

ولم تقتصر الآية على هذا الترخيص بل جاء فيها ترخيص آخر ؛ لأنها بعد أن رخصت في الهَدْي بدل أداء الحج والعمرة في هذا السفر نهت المُحْرِمَ أن يُحِلَّ من إحرامه بحلق رأسه إذا كان آمنا غَيْرَ مُحْصرٍ حتى يَفْرغ من أعمال الحج والعمرة إنْ كان قارنا أو من أعمال الحج أو العمرة إنْ كان مُفْرداً أو متمتّعا الذي عُبِّر عنه في الآية بـ «حتى يبلغ الهَدْي مَحِلَّه» ثم رَخَّصت للمريض أو من به أذى من رأسه بالحلق ويَفْدي ذلك بالصيام أو الصدقة أو النُّسُك . بأن يصوم ثلاثة أيام أو يطعم ستة مساكين أو يذبح شاة كما بيَّنته السُّنَّة .

ثمَّ جاء فيها ترخيص ثالث في قوله «فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما اسْتَيسَرَ من الهَدْي» أي إذا تمكنتم من أداء المناسك فمن كان متمتعا بالعمرة إلى الحج بأن أحرم بهما معا أو أحرم بالعمرة أَوَّلا فإذا فرغ منها أحرم بالحج . وهذا هو التمتع الخاص ، والتمتع العام يشمل القسمين لِمَا دلت عليه الأحاديث الصَّحاح .

فإنَّ هذا الجزء من الآية أوجب على المتمتع ذبح الهَدْي حسبما يستطيع وأَقلُّه شاة ، ثم استثنى من لم يستطع الهَدْي إذا لم يكن من أهل الحَرَم فأوجب عليه صوم ثلاثةِ أيامٍ في الحج وسبعةٍ إذا رجع إلى أهله وهو تخفيف لا شك فيه ، تلك استثناءاتٌ ثلاثةٌ من أحكام ثلاثةٍ في آية واحدة كلٌ واحد منها يرفع حرجا عن المكلفين ويخفف عنهم تطبيقا لقوله سبحانه «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر» .

٨ ـ يقول جل شأنه : «والذين يَرْمون المُحْصَنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تَقبلوا لهم شهادةً أبدا وأولئك هم الفاسقون إلا الذين

تابوا من بعد ذلك وأَصلحوا فإنّ الله غفور رحيم» النور ـ ٤ ، ٥ فهذه الآية تُقرِّر العقوبة للذين يَرمون المحصَنات إذالم يؤَيِّدوا دعواهم بأربعة شهداء وهي جَلْدُ ثمانين جلدة وَرَدُّ الشهادة والحُكْم عليهم بالفسق ، وكان مُقْتضى العموم في صدر الآية أن يشمل الحُكم جميع القاذفين لا فرق بين أَن يكون القاذف أَجنبيا عن المرأة أو كان زوجا لها .

ولمَّا كان وضع الزوج مع زوجته دقيقا . فقد يراها مع أجنبي ولا يستطيع إثبات ذلك بالبينة كما لا يستطيع السكوتَ عن هذه الجريمة فإذا تكلم أُقيم عليه الحَدُّ ، وإذا سكت ، سكت على أمر لا يَرضىٰ به أبيُّ النفس .

لذلك جعل الله للأزواج مَخْرجا بشرعية اللِّعان في قوله تعالى «والذين يَرمون أزواجهم ولم يكن لهم شُهداء إلا أنفسُهم فشهادةُ أحدهم أربعُ شهادات بالله إنه لَمِن الصادقين والخامسةُ أَنَّ لَعنةَ الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأُ عنها العذابَ أن تَشْهد أربعَ شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسةَ أَنَّ غضبَ الله عليها إن كان من الصادقين» النُّور ـ ٦ ـ٩ .

يقول ابن كثير في تفسيره(1) هذه الآية الكريمة فيها فَرَجٌ للأزواج وزيادةُ مَخْرَجٍ إذا قذف أحدهم زوجته وَتعسَّر عليه إقامةُ البَيِّنة أن يُلاعنها كما أمر الله عز وجل . وهو أن يُحضرها إلى الإمام فيَدَّعي عليها بما رماها فيحلِّفه الحاكم أربع شهادات بالله في مقابلة أربعة شهداء إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنى والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فإذا قال ذلك بانت منه بنفس اللعان عند الشافعي رحمه الله ورضي عنه وطائفةٍ كثيرة من العلماء وحَرُمَتْ عليه أبدا ويُعطيها مَهْرها ، وَيَتوجَّهُ عليها حَدُّ الزنى ولا يدرأ عنها العذابَ إلا أن تُلاعن فتشهد الأُخرى أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسةُ أَنَّ غَضَبَ الله عليها إن كان من الصادقين .

وبعد أن بَيَّن سرَّ اختصاصها بغضب الله قال : (ثم ذَكَر تعالى رأفته بِخلْقه ولطفه بهم فيما شرع لهم من الفَرَجِ والمَخْرج من شدة ما يكون بهم من الضيق

---

(1) جـ ٢ ص ٢٦٥ .

فقال تعالى «ولولا فضلُ الله عليكم ورحمتُه» أي لَحَرَجْتم ولشق عليكم كثير من أموركم) .

ولقد وقع الناس في حَرَج لَمّا نزلت الآيةُ الأولى ، يدل لذلك أن أُناسا قالوا لسعد بن عبادة : يا أبا ثابت أرأيت لو وجدت مع امرأتك رجلا كيف كنتَ صانعا ؟ فقال : كنتُ ضاربَهَ بالسيف حتى يسكنا ، فأنا أذهب وأجمع أربعة شهداء فإلى ذلك قد قضى الخائب حاجَته ؟ فأَنطلق وأقول : رأيت فلانا فَيْجلدونني ولا يقبلون لي شهادةً أبدا: فذَكروا ذلك لرسول الله فقال كفى بالسيف شاهداً ، ثم قال لولا أني أخاف أن يتتابع فيها السكران والغيران»[1] .

وبعد ذلك وقعت حادثةُ هلال بن أُمية لَمّا وجد مع زوجته رجلا أجنبيا فشكا لرسول الله وقالت الأنصار : الآن يَضرب رسولُ الله هلال بن أمية ويُبطل شهادته في الناس قال: والله إني لأرجو أن يجعل الله لي منهامَخْرجا، ولمانزل الوحي على رسول الله بآية اللِّعان قال :«أبشر يا هلال فقد جَعل الله لك فرجا وَمَخْرجا» ثم أجرى اللِّعان بينهما وصدق الله في قوله «وما جَعل عليكم في الدِّين من حرج» .

٩ ـ يقول تعالى : «الطلاقُ مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يَحِلُّ لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألاّ يقيما حدود الله فإن خفتم ألاّ يقيما حدود الله فلا جُناح عليهما فيما افتدتْ به» البقرة ٢٢٩ .

فقد حرَّم الله في هذه الآية أن يأخذ الزوج شيئا مما أعطاه لزوجته عند الطلاق واستثنى حالة وقوع الشِّقاق التي لا يُرجى معها إقامة حدود الله وذلك عندما تكره المرأة معاشرة زوجها وتريد افتداء نفسها بالمال فقد أباح فيها أخذ الفداء وهي التي سماها الفقهاء بالخُلْع .

١٠ ـ قال عز من قائل «ولا تُجادِلوا أهل الكتاب إلا بالتي هي أحسن إلا الذين ظلموا منهم وقولوا آمنا بالذي أنزل إلينا وأُنزل إليكم وإلهنا وإلهكم واحد ونحن له مسلمون» العنكبوت ـ ٤٦ .

هذه الآية وإن ذهب بعض العلماء إلى أنها منسوخة بآية القتال ولم يبق معهم

---

(١) فتح الباري جـ ١٢ ص ١٥٤ .

مجادلَة وإنما هو الإسلام أو الجزية أو السيف فقد ذهب آخرون إلى أنها مُحْكمة وحكمها باقٍ لمن أراد الاستبصار منهم في دين الله فالله يأمرنا بجدالهم بالتي هي أحسن ليكون وسيلة إلى معرفتهم الحق فيُسلموا وهو الذي اختاره ابنُ جرير في تفسيره .

وقد استثنى الله من هذا الحُكْم الذين ظلموا أي الذين حَادُوا عن الحق وعاندوا وكابروا من أهل الحرب منهم أو امتنعوا عن أداء الجزية فإنَّ هؤلاء لا ينفع معهم الجدال بالحسنى فينتقل الأمر من الجدال إلى القتال ويقاتلون بما يمنعهم ويردعهم كما قال تعالى «لقد أَرسلنا رسلنا بالبينات وأَنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط وأنزلنا الحديد فيه بأس شديدومنافعُ للناس ولِيعْلَمَ الله من ينصره ورسلَه بالغيب إنَّ الله قوي عزيز»[1] .

فالمَوْلى سبحانه يُخْبر في هذه الآية أنه أرسل الرسل بالآيات الدالة على صدقهم وأنزل معهم الكتاب والميزان أي العدل في كل الأمورما تَضَمنته الكتب وأُمر الناس باتخاذه مع تعليم كيفيته ليقوم الناسُ بالعدل في كل شؤُونهم .

وأَنزلَ الحديدبأنْ خَلَقهُ في الأرض وألهمهم كيفية استخراجه وصنعه وجعل فيه قوة ومنافع فيتخذوا منه السلاح وغيره .

وفيه إشارةٌ الى احتياج الكتاب والميزان إلى القائم بالسيف ليحصل القيام بالقسط ولذلك مكث رَسول الله بمكة ثلاث عشرة سنة يجادل المشركين بما أنزله الله عليه ويبين لهم الآيات الدالة على التوحيد ، فلمّا قامتِ الحُجة على منْ خالَفَ ؛ شَرع الله الهِجْرة وأَمرهم بقتال من خالف القرآن وكذَّب به وعانده[2] .

فالقرآنُ يرسم لنا طريقة معاملة أهل الكتاب ، وَجَعل الأصل فيها المجادلة بالحسنى والتفاهم سلميا ، لأنهم إخوة لنا في الإنسانية والإيمان بالله ، واستثنى الظالمين منهم فجعل لنا طريقاً آخر وهو معاملتهم بالشدة واستعمال القوة لأنّ العناد أعمى قلوبهم والغرور ملك عليهم نفوسهم فلن يُجدي معهم الكلام ولا الجدال ولكن السيف والمدفع والصاروخ هي اللغة التي يفهمونها .

(١) تفسير ابن كثير جـ ٢ ص ٤١٥ .

(٢) تفسير ابن كثير جـ ٤ ص ٣١٥ .

ومَنْ أظلم مِنْ تلك العصابة الباغية اليهود الصهاينة التي طُبِعت على الغدر ؟ فَشَرَّدت الآمنين وأَخرجتْهم من ديارهم وسفكت الدم الحرام واغتصبت الأموال وحاولت تحريف كتاب الله . وقديما أخبر الله عن اليهود بأنهم أشد الناس عداوة للمؤمنين . «لَتجدَنَّ أَشَدَّ الناس عداوةً للذين آمنوا اليهودَ والذين أشركوا» .

يقول تعالى في قصة داوُدَ عليه السلام «وعلَّمناه صَنْعَة لَبُوسٍ لكم لتُحصِنكم من بأسكم فهل أنتم شاكرون» الأنبياء ٨٠ .

وفي سورة سبأ «وألَنَّا له الحديد» .

وقد دقت ساعة العمل وحان وقت الفصل بيننا وبينهم والقضاء عليهم أو تشريدهم كما كانوا فقد كتب الله عليهم الذِلَّة إلى يوم القيامة وإنا لمنتصرون بحول الله وقوته .

تلك أَمثلةٌ من استثناءات القرآن ، وغيرُها كثير . وهي في جملتها تدل على أن القرآن في تشريعه يُكوِّنُ وَحْدةً متماسكةً لا يَتَطَرَّق إليها خَلَل ولا يشوبُها أدنى تَفَكك ، لأن تشريعاته المفصلة جاءت صورة صادقة لما وَضَعه من مبادىء وأسس . ففي كل حُكْم يترتب عليه حرج أو يلحق المكلفين من العمل به مشقةٌ بالغةٌ في بعض جزئياته يظهر مبدأ رفع الحرج والتيسير فيَعْمل عمله باستثناء موضع الحرج .

وقد رأينا أن الاستثناء لم يقف عند نوع معين من التشريع بل يكاد يعُمُّ أنواع التشريعات كلها ، فقد لحق الواجبات كما لحق المحرَّمات ودخل في العبادات كما دخل غيرها بل إنه جاء في أصل الدين وهو الإيمان .

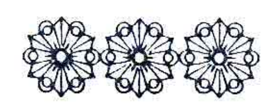
يقول الإمام عز الدين بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٣٨ في قاعدة المستثنيات من القواعد الشرعية : «أعلم أنَّ الله شرع لعباده السعي في تحصيل عاجلة أو آجلةٍ تجمع كلَّ قاعدة منها علةً واحدة ، ثم استثنى منها ما في ملابسته مشقةٌ شديدة أو مفسدة تربو على تلك المصالح ، وكذلك شَرع لهم السعي في درء مفاسد الدارين أو في إحداهما تجمع كل قاعدة منها علةً واحدةً ، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربو على تلك

المفاسد ، وَكُلُّ ذلك رحمةٌ بعباده ونَظَرٌ لهم ورفقٌ بهم ، ويُعبِّر عن ذلك كله بما يخالف القياس وذلك جَارٍ في العبادات والمعاوَضات وسائر التصرفات» اهـ .

ثم إنه لم يقتصر على مواضع الضرورة بل جاء فيما دونها مما سماه العلماء بالحاجة .

ويلاحظ المتتبع لمواضع الاستثناء أنها في أغلب صُورِها يجيء الحكم المستثنى مع الحكم الأصلي ، لأن القرآن كلام الله المشرِّع على الحقيقة المحيط علمُه بكل شيء فهو يعلم مقدَّما ما يشق عليهم وما لا مشقة فيه ، ما ينفعهم وما يضرهم .

وفي بعض صُوَرِه يجيء الحكم الأصلي فإذا ما تحرجوا أو شق عليهم العمل به في بعض صوره وسألوا الله التخفيفَ استجاب لهم وخفف عنهم، ولم يكن ذلك لخفاء أمرٍ عليه سبحانه وإنما لأنه يحب سؤال عباده وإظهارَ ضعْفهم . فيَمُنّ عليهم بالتخفيف ، وليُبيِّنَ لهم أن تشريعه رحمةٌ لهم ، وأن رحمته مستمرة حتى بعد نزوله ، وأن باب الاستثناء والتخفيف لم يُغْلَق أمامهم بل هو مفتوح ما دامت فيهم عقول قادرة على تكييفه وتطبيقه . والله أعلم» .



المبحث الثاني

ثانيا من السُّنة

إن رسول الله المبلِّغ عن الله المبيِّنَ لكتابه قد سار على منهج القرآن في الاستثناء،ومَنْ يستعرضْ السُّنَّةَ يجد فيها استثناءات كثيرة لمواضع الحرج دفعا له وتخفيفا وتيسيرا على الناس ، والاستثناء فيها قد يكون من السنة نفسها وقد يكون مما ورد في القرآن ، ودونك بعضَ الأمثلة :

١ - في الحديث المتفق عليه الذي رواه سهل بن أبي حثمة قال :(نَهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر بالتمر وقال ذلك الربا تلك المُزابنة إلا أنه رخَّص في بيع العَريّة النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخَرْصِها تمرا يأكلونها رُطَبا ،(١) .

ففي هذا الحديث ينهى رسول الله عن بيع الثمر وهو الرُّطَبُ بالتمر لأنها من جنس واحد ولا مساواةَ بينهما لا كيلا ولا وزنا يدل عليه الحديث الآخر أن رسول الله سئل عن بيعِ الرُّطَب بالتمر فقال: أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إذا جف ؟ فلما قيل له نعم قال : فلا إذَن .

ومع ذلك رَخَّص في العَرِيَّة . وهي أن يشتري الرجل ثمرَ النخلة أو النخلتين بمثل وزنه من التمر بطريق الخَرصِ أو التخمين لحاجة الناس إلى ذلك ، لأن الرجل قد يكون عنده التمرِ ولا نخلِ له ويريد أن يطعم أهله الرُّطَبَ ولا يجد المال الذي يشتري به فأباح له مبادلة الرُّطَب بالتمر بطريق التقدير التقريبي دفعا لحاجتهم .

٢ - روى الجماعة عن ابن عباس قال : قَدِمَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٧٠ .

المدينةَ وهم يُسْلفون في الثمار السَّنةَ والسنتين فقال «من أَسْلَفَ فليُسْلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أَجَلٍ معلوم»[1] .

فقد رخَّص رسول الله في السَّلمِ وهو أن يبيع الشخصُ شيئا معيَّنا بالوصف إلى أَجَلٍ بثمن عاجل ويُسَلِّم المبيع عند أَجَلِه المُحدَّد مع أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان وتكرر منه ذلك حتى رواه الصحابة عنه بصيغة العموم فقالوا «نهى رسول الله عن بيع ما ليس عند الإنسان» وفي عبارة أُخرى «نهى عن بيع المعدوم» والسَّلمُ فَرْدٌ من أفراده ، وقد كان منه ذلك لمَّا وَجَد أهلَ المدينة يتبايعون بهذا النوع وهم لا يستغنون عنه فَرَخَّص لهم ، ولو طَبَّقَ عليهم الحُكْمَ العام لوقعوا في الحرجِ ، ثم صار بعد ذلك تشريعا عاما لهم ولغيرهم ، لأنه لم يَخُصَّهم به كما لم يقيده بالمُضطر إليه .

٣ ـ رَوَى الإمامان أحمد ومسلم عن عُبَادَة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «الذهبَ بالذهب والفضةَ بالفضة والبُرَّ بالبرِّ والشعيرَ بالشعير والتمرَ بالتمر والملح بالملح مِثْلا بمِثْلٍ سواءً بِسَواءٍ يداً بِيَدٍ فإذا اختلفتْ هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»[2] .

فهذا الحديث يدل على أن مُبادلة هذه الأشياء الستة ـ بجنسها لا تجوز إلا إذا تَساوى البَدَلان مع التقابض ، وهو يفيد أنه لا يجوز أخذ مقدار منها وَردُّه بعد فترة من الزمن ومع ذلك فقد رخص في القَرْض لحاجة الناس إليه وعدم استغنائهم عنه ، وهو وإن لم يكن بيعا إلا أنه في نهايته مبادلة فيتحقق فيه ما يشبه بالنسيئة ، رَخَّص فيه ورغب فيه في أحاديث عامة تدعو إلى المعاونة وقضاء حاجة المسلم وتفريج كربته وسد فاقته ، ولا خلاف بين المسلمين في مشروعيته كما يقول الشوكاني في نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٩٤ .

وقد روى ابن ماجه عن أنس أنه سُئل : (الرجلُ منا يُقرِض أَخاه المال فيُهدي إليه فقال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا أقرض أحدكم قرضا

(١) المرجع السابق ص ١٩١ .
(٢) منتقى الأخبار جـ ٥ ص ١٦٤ .

فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك» .

كما روى البخاري في تاريخه عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «إذا أقرض فلا يأخذ هدية»[1] .

٤ ـ أمر القرآن المؤمنين بِغَضّ البصر وحَرَّم النظر للأجنبية «قل للمؤمنين يَغُضُّوا مِن أبصارهم» أَمر بذلك أَمراً مطلقا لجميع المؤمنين دَفْعاً لما يَجُرُّ إليه النظرُ من الفساد ثم رَخَّص رسول الله في النظر إلى المخطوبة فيما رواه المحدِّثون عن المغيرة بن شعبة أنه خَطَب امرأة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : «انظر إليها فإنه أَحْرَى أن يُؤدَم بينكما»[2] .

أَحْرى ، أجدر وأَوْلى وأنسب . يُؤدم بينكما . يُؤَلَّفَ بينكما .

وفي مسند الإمام أحمد عن المغيرة بن شُعبة قال : (أتيتُ النبي صلى الله عليه وسلم فذكرتُ له امرأة أَخْطِبُها ، فقال : «اذهب فانظر إليها فإنه أجدر أن يؤدم بينكما» قال : فأتيت امرأة من الأنصار فخطبتها إلى أبويها وأخبرتهما بقول رسول الله فكأنهما كَرِها ذلك ، قال : فسمعتْ ذلك المرأة وهي في خِدْرها فقالت : إن كان رسول الله أَمَرَكَ أن تنظر فانظر وإلاَّ فإني أَنْشُدُك . كأنها عَظَّمت ذلك عليه ، قال : فنظرتُ إليها فتزوجتُها فَذَكَرَ في مُوافَقَتِها»[3] .

أَنْشُدك : أي أسألك بالله أن لا تنظر إليّ إن لم يكن رسولُ الله أَمَر بذلك .

كأنها عَظَّمت ذلك عليه . معناه أنه أمر محظور لا يجوز إلا لحاجة شرعية . فذكر من موافقتها ما ذكره . حَذَف المفعول للتعظيم وأنه قَدْر لا يُحيطه الوصف .

وفي حديث آخر قال رسول الله : إذا خَطَب أحدكم امرأةً فلا جُناح عليه أن ينظر منها إذا كان إنما ينظر إليها لِخِطبة ، وإن كانت لا تَعْلم» رَخَّص في ذلك دفعا لما عساه يقع من الضرر فيما لو تزوج الرجل امرأة بناءً على وَصْفِ واصفٍ ثم

---

(١) المرجع السابق ص ١٩٦ .

(٢) المرجع السابق جـ ٦ ص ٩٤ .

(٣) الفتح الرباني في ترتيب مسند الإمام أحمد جـ ١٥ ص ١٥٣ .

يظهر له منها بعد الزواج ما لا يرضى به فيقع في الحرج ويندم حيث لا ينفع الندم .

٥ ـ في الحديث المُتفق عليه عن عائشة قالت : (دَفَّ أهلُ أبياتٍ من أهل البادية حَضْرَةَ الأضحى زمانَ رسولِ الله فقال : ادّخروا ثلاثا ثم تَصدَّقوا بما بقي ، فلما كان بعد ذلك قالوا يا رسول الله إنَّ الناس يَتخذون الأسقية من ضحاياهم ويُجْمِلون منها الوَدَكَ فقال وماذاك ؟ قالوا نهيتَ أن تُؤكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث فقال : إنما نهيتكم من أجل الدَافَّةِ فَكُلوا وادَّخروا وَتصدقوا») يُجْمِلُون ، يذيبون الشحم ، ويستخرجون منه الوَدَك وهو الشحم المُذَاب . والأسقية جمع سِقاء وهو ظَرْفُ الماء .

وروى أحمد ومسلم والترمذي عن بُرَيدة قال : قال رسول الله : «كنتُ نهيتكم عن لحومِ الأضاحي فوق ثلاثة ليتسع ذوو الطَّول على من لا طَوْل له فكلوا ما بدا لكم وأطعموا وادَّخروا» .

وعن جابر قال : «كنا لا نأكل من لحوم بُدُنِنَا فوق ثلاثٍ مِنىً فَرخَّص لنا رسولُ الله فقال كلوا وتَزَّودوا»[1] متفق عليه ، فهذا الحديث في بعض رواياته يفيد أن رسول الله نهى عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاثة أيام لظرفٍ طارىءٍ عليهم وهو قدوم الوفود من البادية ممن لا أهلَ لهم بالمدينة فلما زال الظرف الاستثنائي أَذِنَ لهم في الادخار كما تعودوا .

وفي بعض الروايات يفيد أن الأكل والتزود جاء رخصة بعد النهي . وعلى كلا الأمرين ففي الواقعة حكمان حكم أصلي وآخر استثنائي فإذا كان الأصل المنع كان الاستثناء رخصة ، واذا كان الأصل الإباحة كان الاستثناء منعا لوجود ما يقتضيه . والاستثناء مشروع في كليهما .

٦ ـ روى المحدِّثون عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة : «إنَّ هذا البلد حرام لا يُعْضَدُ شوكه ولا يُخْتَلى خَلاَه ولايُنفَّر صيدُه ولا تلتقط لقطته إلا لُمعَرِّف» قال العباس إلا الإذخر فإنه لا بد لهم منه فإنه للقُيون

---

(١) منتقى الأخبار بشرح نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٠٧ .

والبيوت فقال : الإذخر»[1] وفي بعض الروايات فقال العباس : إلّا الإذْخِر يارسول الله فإنه لا بد منه للقبور وظهور البيوت فسكت ساعة ثم قال : «إلّا الإذْخِر فإنه حلال»[2] .

الإذخر : حشيشة طيبة الرائحة تسقف بها البيوت فوق الخشب ، والقيون جمع قين وهو الحدَّادوالصائغ ولا يُخْتلى خَلاه، الخلاة الرَّطْبُ من النبات، واختلاؤه قطعه واحتشاشه . ينفر صيدها كناية عن الاصطيادِ . فسكت ساعةً . فسكت برهة من الزمن ، في هذا الحديث ينهى رسول الله نهيا عاما عن أخذ شيء مما ينبت في الحرم ثم يَستثني الإذخر لحاجة الناس إليه وعدم استغنائهم عنه .

ومِثْل ذلك ما جاء في شأن حَرَم المدينة . فقد روى الإمام أحمد عن جابر ابن عبدالله (أن النبي صلى الله عليه وسلم لمَّا حَرَّم المدينة قالوا يا رسول الله : إنا أصحاب عمل وأصحاب نضح وإنا لا نستطيع أرضا غير أرضنا فرخَّص لنا فقال : القائمتان والوسادة والعارضة والمسند فأمام غير ذلك فلا يُعْضَد ولا يُخْبَط منها شيء) . المسند : مِروَد البكرة .

وروى أبو داود عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : «المدينة حرام ما بين عائر إلى ثَوْر لا يُخْتلى خَلاها ، ولا يُنَفَّر صيدها ، ولا يصلح أن يُقطع منها شجرة إلا أن يَعْلف رجل بعيره» .

فقد حَرَّم المدينة كما حَرَّم مكة ثم رخص لهم في موضع الحاجة مكتفيا به .

٧ ـ أوجب القرآن قطع يد السارق بنص عامٍّ «والسارقُ والسارقة فاقطعوا أيديهما» ولكن رسول الله نَهى عن قطع الأيدي في السفر فيما رواه أحمد وأبو داود أن جُنادة بن أمية قال : (كنا مع بُسْر بن أرطاة في البحر فأُتي بسارق يقال له يَصدُر قد سرق فقال جنادة : لقد سمعت رسول الله يقول : «لا تُقْطع الأيدي في السفر» ولولا ذلك لقطعتُه .[3] فقد استثنى حالة السفر فمنع إقامة الحد فيها وإنما يؤخر . والتأخير استثناء أيضا من وجوب المبادرة لإقامة الحدود بعد ثبوتها .

(١) المرجع السابق ص ١٢١ .
(٢) إمتاع الأسماع للمقريزي جـ ٢ ص ٣٨٦ .
(٣) الجامع الصغير جـ ٢ ص ٣٩٥ .

والحديث وإن تكلَّم فيه رجالُ الحديث إلا أنَّ أصحاب رسول الله من بعده قد عملوا بمقتضاه . بل وَسَّعوا دائرة الاستثناء .

فقد رُوي عن زيد بن ثابت أنه قال : (لا تُقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلُها بالعدو) .

وَرَوَى ابن أبي شيبة عن عمر رضي الله عنه أنه كَتَب : (ألالا يَجْلِدَنَّ أميرُ جيشٍ ولا سرِّيةٍ أحداً الحدَّ حتى يطلع على الدرب لئلا يحمله الشيطان أن يلحق بالكفار) ، كما روى غير ذلك(1) .

٨ - نهى رسول الله عن لبس الحرير في أكثر من حديث . ولما عرض عليه عمر أن يشتري منه حُلَّةً ليلبسها للناس يوم الجمعة وللوفود إذا قدموا عليه قال له الرسول : «إنما يَلْبس هذه من لا خَلاَقَ له في الآخرة» .(2)

ثم رَخَّص لعبد الرحمن بن عوف وللزبير بن العوام في القميص الحرير في السفر من حَكَّةٍ كانت بهما . أو وجع كان بهما كما رواه مسلم . وفي رواية أخرى لم يذكر فيها السفر وكان هذا بعد أن شَكوا له ذلك(3) .

٩ - رَوَى مسلم عن أبِي سعيد الخُدْري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «إياكم والجلوسَ في الطُرقات» قالوا : يا رسول الله ما لنا بد من مجالسنا نَتحدَّث فيها ، قال رسول الله : «فإذا أبيتم إلا المجلسَ (أي الجلوس في مجالسكم) . فَأَعطوا الطريق حقه ، قالوا وما حقه ؟ قال غضُ البصر وكف الأذى وَرَدُّ السلام والأمر بالمعروف والنهيُ عن المنكر» .

فأنت ترى أن رسول الله نهى عن الجلوس في الطرقات لِمَا يترتب عليه من الفساد فلما بَيَّنوا له أنهم لا يستطيعون الاستغناء عنه لأن مجالسهم كانت فيها رَخَّص لهم مع تنظيم هذا الجلوس بما ينفي الضرر عن الناس ، وعلى ذلك يكون الأصل عدم الجلوس ولا يباح إلا للمحتاج بالشرط الذي شرطه رسولُ الله .

---

(1) الرد على سِيَرِ الأوزاعي لأبي يُوسف ص ٨١ .

(2) صحيح مسلم القسم الأول من الجزء الثاني ص ٣١٠ وما بعدها .

(3) يقول الشارح شَكوا إلىٰ رسول الله قال في المرقاة «وهو أفصح من شكيا» ففي القاموس شكيت لغة في شكوت .

١٠ - روى مسلم في صحيحه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «مَنْ لِكعب بن الأشرف فإنه قد آذى الله ورسولَه ، فقال محمد بن مَسلَمَة: أَتُحب أن أقتله يا رسول الله؟ قال: نعم ، قال فائذن لي فأقول ، قال قد فعلتُ ، قال فأتاه فقال: إن هذا «يعني النبي» قد عَنَّانا وسأَلنا الصدقة ، قال ، وأيضا والله لَتَمَلُّنَّه ، قال فإنا قد اتبعناه فنكره أن ندعه حتى ننظر إلى ما يصير أمره ، قال: فلم يزل يكلمه حتى استمكن منه فقتله»[1] ففي هذا الحديث يعرض الرسول أمر قتل كعب بن الأشرف وكان شاعرا يهوديا يهجو رسول الله وأصحابه ثم عاهد الرسولَ على ألا يُعين عليه أحداً ولم يلبث أنْ نَقَضَ العهد كشأن اليهود دائما - فجاء مع أهل الحرب مُعينا عليه فصار مُهْدَرَ الدم واجبَ القتل.

فلما سأل محمدُ بن مسلمة عن رغبة رسول الله وعرف أَنها قتل ذلك اللعين استأذنه في أن يتحايل في ذلك بأن يتكلم في حقه كلاما لا يليق بالمسلم في الظروف العادية فرَخَّص له الرسول وكان أَنْ تَمَّ ما أراد وأراح الله رسوله والمؤمنين مِن شر ذلك الغَادر الناقض للعهد المحارِب لدين الله . وهو يُعْتبر ظرفا استثنائيا.

تِلْكَ أمثلة عن الاستثناءات التي وقعتْ في السُنَّة ، وهي كما ترى قد تكون استثناء من حُكْمٍ عام جاء به القرآن ، وقد تكون من حكم عامّ سَبَقَتْ به السُنَّة ، كما أنها أدخلت أَنواعا من التشريعات ولكنها تدور حول الاستثناء من المُحَرَّمات فهي ترخيصات من مُحَرَّمات عامة.

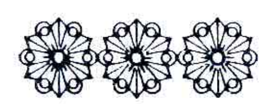
ولكن الشيء الذي انفردت به هي أنها كلها جاءت بعد التشريعات الأصلية ولم يأت شيء منها للحكم الأصلي بل إن أغلبها كان نتيجة سؤال أو شكوى.

والسر في هذا - كما سبقت الإشارة إليه - أنَّ رسول الله مبَلِّغ عن الله ومُبيِّن لما نزل من الوحي وحينما يُبلغ لا يَعْلم غيب المستقبل فلم يكن حين التبليغ يَعرف مواضع الحرج حتى يستثنيها ابتداءً.

---

(١) عنّانا ، أوقعنا في العناء وهو التَّعب والمشقة . لَتملُّنَّه . أي لتَضْجُرن منه أكثر من هذا الضجر.

وهذا المَسْلَكُ يشير إلى أن الاستثناء لتطبيق مبدأ رفع الحرج مفتوح في هذه الشريعة ، وأنه باق ما بقي تطبيقُ أحكامها وأنه يتجدد بتجدد الأعذار ، ما دام في الأُمَّة فقهاءُ يستطيعون وزن الأمور بموازينها الصحيحة .



المبحث الثالث

الصحابة والاستثناء

عندما آل أَمرُ الأُمَّة الإسلامية إلى الخلفاءالراشدين سَلكوا الطريقَ التي سلكها رسولُ الله في تطبيق أحكام هذه الشريعة فلم يقفوا جامدين عند الألفاظ ، بل طَبَّقوا روحَ الشريعة قبل ألفاظها فضربوا المثل الرائع في الاجتهاد والتطبيق وكانت لهم مواقف عملوا فيها بالمصلحة حتى خصصوا بها بعض النصوص والقواعد العامة مراعين في ذلك الظروف الطارئة أو الحالات الاستثنائية لتحقيق مصلحة معينة أو دفع مفسدة محققة أو رفع حرج ينزل بالناس لو طُبِّق الحكم العام . فكان هذا اعترافا منهم ببقاء باب الاستثناء مفتوحا ، ودونَك بعضَ أمثلةٍ من استثناءاتهم :

١ ـ من الأمور المُقَرَّرةفي هذه الشريعة أن اختيار الخليفة يكون بطريق البَيْعة العامة بأنْ يختار المسلمون من يلي أُمورهم فلا ينفرد به أحد مهما كانت منزلتُه ، ولا أَدلَّ على ذلك من أنَّ رسول الله ترك تعيين من يخلفه ولو كان هذا موكولا لأحد لكان أَوْلى به رسولُ الله ، ولو كان فيه نص قاطع لما اختلف أصحابُ رسول الله بعد وفاته فيمن يكون خليفة . وقد وقع الاختلاف بينهم وانتهى بمبايعة الصِّدِّيق رضي الله عنه .

ولكن أبا بكر عَهِدَ بالخلافة لعمر قبل وفاته فلم يترك الأمر كما تركه رسولُ الله فما الذي حمله على ذلك ؟

وَجَدَ الخليفةُ أنَّ جيوش المسلمين تقاتل خارج البلاد ، وتَرْكُ التعيين مَظِنَّةُ وقوع الاختلاف الذي قد يستمر فترةً من الزمن تعيش فيها الدولة بلا حاكم يدير شؤونها فيترتب على ذلك فساد كبير ، فكان أن حَزَمَ الأمور وعَهِدَ بالخلافة إلى عمرَ لما عرفه فيه من الحزم والعدل . وهذا ظرف استثنائي اقتضى ذلك .

يقول المؤرخون : (إن أبا بكر لما اشتد به المرض دعا عثمان بن عفان فقال : اكتب؛ فكتب عثمان وأملى عليه. بسم الله الرحمن الرحيم. هذا ماعهد به أبو بكر بن أبي قُحافة آخر عهده في الدنيا نازحا عنها وأولَ عهده بالآخرة داخلا فيها إني أستخلف عليكم عمر بن الخطاب فإن تروه عَدَل فيكم فذلك ظني به ورجائي فيه وإن بَدَّل وغَيَّر فالخيرَ أردتُ ولا أعلمِ الغيب «وسيعلم الذين ظلموا أيَّ منقلب ينقلبون»، ثم ختم الكتاب ودفعه، ولمَّا علم الناس بذلك دخل عليه كبار المهاجرين والأنصار وتكلموا معه في عهده بالخلافة لعمر وهو الشديد القاسي، قال لهم اجمعوا لي الناس، فلما اجتمعوا قال: أيها الناس قد حضرني من قضاء الله ما ترون وإنه لا بد لكم من رجل يلي أمركم ويصلي بكم ويقاتل عدوكم فيأمركم فإن شئتم اجتمعتم فأتمرتم ثم وليتم عليكم من أردتم وإن شئتم اجتهدتُ لكم رَأْيي ووالله الذي لا إله إلا هو لا آلوكم في نفسي خيرا ثم بكى وبكى الناس .

وقالوا : يا خليفةَ رسول الله أنت خيرنا وأعلمنا فاختر لنا ، قال سأجتهد لكم رأيي وأختار لكم خيركم إن شاء الله ، فلما خرجوا من عنده أرسل إلى عمر فقال يا عمر أَحَبَّك مُحِبٌّ وأَبْغَضك مُبغِض وقديما يُحَبّ الشر ويُبغضُ الخير فقال عمر : لا حاجةَ لي بها ، فقال أبو بكر لكن بها إليك حاجة ، والله ما حَبوتُك بها ولكن حَبوتُها بك ثم قال : خذ هذا الكتاب واخرج به إلى الناسِ وأخبرهم أنه عهدي وسَلْهُم عن سمعهم وطاعتهم ، فخرج عمر بالكتاب وأعلمهم فقالوا سمعاً وطاعةً[1] .

٢ ـ مَنَعَ عُمر كبار الصحابة من مغادرة المدينة إلا بإذنه ولأجلٍ محَدَّد ، كما منعهم من الخروج إلى الأقاليم وامتلاك الأراضي الواسعة بها . مع أنّ تعاليم هذا الدين ليس فيها مَنْعُ إنسان من الخروج من بلد إلى بلد آخر ولا أنْ يمتلك مِن الضياع وغيرها ما دام يؤدي حقها ولا يظلم أحدا بمنع حقه أو استغلاله . ولكنه رضي الله عنه مَنَعَ هؤلاء لظروف استثنائية هي حاجتُه إليهم للمشورة فيما يأتيه من

---

(١) الإمامة والسياسة لابن قتيبة جـ ١ ص ٣٢ ، ٣٣ .

أمور المسلمين ، وهي مصلحة عامة تفوق المنع الذي فيه نزع شيء من حريتهم ، ومنعهم من امتلاك الأراضي كذلك كان لمصلحة تتعلق بأمن الدولة ووحدتها . فقد أدرك بنظره البعيد أن هؤلاء لو خرجوا إلى الأقاليم وامتلكوا الضِّياع الواسعة لَتَجّمع الناس حولهم باعتبارهم أصحابَ رسول الله ورواةَ سُنَّته والواقفين معه في جميع مواقفه ولأدّى ذلك إلى إعجاب العامة بهم والتفافهم حولهم وقد يُسْلِمُ هذا إلى أن يكون لكل واحد منهم دولةٌ في قلب الدولة فتتفرق كلمة المسلمين ويثور النزاع بينهم .

وقد وقع بعض ما خشيه عمر في عهد عثمان حينما أَطلق لهم حرية التَّنقل والتملك فَتَجَمَّع أهل كل بلد حول مَن نزل بها من كبار الصحابة ، فلما حضرت وفود تلك البلاد للعمل على خلع عثمان حرص كل وفد على أن يسند الخلافة للصحابي الذي يعيش ببلدهم ، فأهل البصرة يريدون الزبير وأهل الكوفة يريدون طلحة وهكذا غيرهم ..

٣ ـ أَوْجَبَ الله قطع يد السارق والسارقة بنص عام بَيَّن رسولُ الله المقدار الذي يُقطع فيه ومكان القطع وغيرهما ثم استثنى حالة الغزو بقوله «لا تُقطع الأيدي في السفر» كما سبق .

ولمّا حَدَثَتِ المَجاعةُ بالمدينة في خلافة عمر وَسَرَقَ بعضُ الناس لدفع الجوع لم يُقِمْ عمر الحَدَّ عليهم بل أسقطه في هذا العام لهذا الظرف الاستثنائي لأنه وَجَد أنَّ السرقة وإنْ كانت عدوانا على أموال الآخرين إلا أنَّ الباعث عليها في هذا الظرف لم يكن في الغالب إلا الحاجة[1] .

٤ ـ نَفَى عمرُ نصرَ بنَ حَجَّاج لّما وَجد النساءَ تَهْتِفُ به في خُدورهِنَّ فأخرجه من المدينة إلى البصرة دفعا لما يترتب على وجوده من الفساد مع أنه لم يَسْبق مثل ذلك مِن رسول الله ولا مِن أبي بكر وليس في النصوص ما يُفيد إخراجَ الشخص من بلده لمجرد أنه جميل يُفْتَتَنُ النساء به ، ولم يشرع النفي إلا للمحارِبين الذين يفسدون في الأرض على الخلاف بين الفقهاء في تفسير المراد به .

---

(١) المغني لابن قدامة جـ ٨ ص ٢٧٨ .

وقصته كما رواها عبد الله بن بُريدة قال :(بينا عمر يَعُسُّ ذات ليلة انتهى إلى باب مُجَافٍ وامرأة تُغني نسوةً :

هَلْ مِنَ سبيلٍ إلى خمر فأشربَها أَمْ مِنْ سبيلٍ إلى نَصْر بنِ حَجَّاجِ

فقال عمر : أَمَّا ما عِشْتُ فلا ، وقال أَلا لا أرى معي رجلا تهتف به العَواتِقُ في خُدورهن ؟ فلما أصبح قال : عَلَيَّ بنصر بنِ حجاجٍ فَأُتي به فإذا هو من أحسن الناس وجها وأَصْبَحِهم وأَمْلحهم حُسْناً فَأمَرَه أَنْ يَطُمَّ شَعْره فَبَدَتْ جبهتُه فازداد حُسْناً ، فقال له عمر : اذهب،فأَعْتِمْ فبدت وَفرَتُه فأمره بِحلْقها فزاد حُسْناً ، فقال فَتَنْتَ نساءَ المدينة يا ابنَ حَجَّاج لا تُجاورني في بلدة أنا أقيم بها ، ثم سَيَّره إلى البصرة، ثم أَتَتْ أمُّ نصر حين اشتد عليها فِراقُ ابنها فَتَعَرَّضتْ لعمر بين الأذان والإقامة فقعدتْ له على الطريق ، فلما خرج يريد الصلاة هتفَتْ به وقالت : يا أمير المؤمنين لأُجاثينَّك غداً بين يدي الله عز وجل ولأُخاصِمَنَّك إليه . . يبيتُ عاصم وعبد الله جانبك وبيني وبين ابني الفيافي والقِفار والمغاور والجبال ؟ قال : مَنْ هذه . قيل أم نصر بن حجاج . فقال : يا أمَّ نصر إن عاصما وعبدَ الله لم تهتف بهما العواتق من وراء الخدور) .

يَطُمّ : يجمعه على رأسه .أَعْتَمَ :الشَعْرَ نتفه . الوفرة : الشعر المجتمع على الرأس أو ما سال على الأذنين منه .

٥ ـ لما فُتحتْ على المسلمين أرضُ سَوادِ العراق وطلب المقاتلون إلى أمير المؤمنين عمر تقسيم الأرض بينهم لأنهم الفاتحون لها كما فعل رسول الله في الأراضي المغنومة وهو الأصل المُقرَّر فوجد أن تقسيم الأرض يترتب عليه مفاسد منها أنّ هذه الأرض تحتاج إلى عمل في زراعتها فلو قسمها بينهم لاشتغلوا بزراعتها والقيام عليها والبقاء فيها فيشغلهم ذلك عن الجهاد في سبيل الله ، ثم إن هذه الأرض ستنتقل إلى ورثة هؤلاء ويحرم منها الفقراء ومن يجيء بعدهم ، ومع ذلك فالدولة في حاجة إلى أموال للمحافظة على ثغورها وحدودها ، فإذا قُسمت هذه الأرض فمن أين يأتي المال ؟ كما صرح به عند مناقشتهم معه .

فتحقيقا لهذه المصلحة ودفعا لتلك المفاسد رأى أن يُبقي الأرض في أيدي أهلها يزرعونها نظيرَ الخراج الذي قَدَّره عليهم بالعدل ليكون دَخْلا ثابتا لبيت مال المسلمين .

وهذا العمل الذي اختاره يعتبر استثناء من الحكم العام المُقرر في الغنائم عامّةً .

٦ ـ من القواعد المُقرَّرة في الميراث أنّ العصبات لا يستحقون إلا الباقي بعد استيفاء أصحاب الفروض فروضهم فإذا لم يبق منهم شيء لا يكون للعصبات نصيب كما يدل على ذلك حديث «أَلْحقوا الفرائضَ بأهلها فما بَقي فَلأَوْلَى رجلٍ ذَكَرٍ» وبهذا الأصل قضى عمر أَوَّلاً في المسألة التي وُجِدَ فيها زوج وأُمٌّ وجمع من الإخوة لأم وإخوة أشقاء ، فلما عُرضت عليه قضيةٌ أُخرى من هذا النوعِ حكم فيها بذلك الحكم فاعترض الإِخوة الأشقاء قائلين يا أمير المؤمنين هَبْ أَنَّ أبانا كان حَجَراً مُلْقىً في اليَمِّ أَلَسنا من أم واحدةٍ ؟

فَتَنَبَّه عمرُ إلى أن هذا التقسيم يُلحق الغَبْنَ بالإِخوة الأشقاء حيث يرث الإِخوة لأم ويحرمون مع أنَّ قرابتهم أقوى من قرابتهم والميراث مَبْنيّ على قوة القرابة ، فَحَكَمَ بتشريك جميع الإِخوة والأخوات لأبوين أو لأم في ثلث التركة باعتبار أنهم جميعا إخوة لأم ليدفع ذلك الغَبْن .

وكأنه بهذا قد استثنى هذه الجزئية من عموم القاعدة وَوَافَقَهُ عليه كثير من فقهاء الصحابة .

٧ ـ روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سعيد بن المُسيِّب وعن سليمان بن يسار أن طليحة الأَسديّة كانت تحت رشيد الثقفي ، فطلّقها فَنَكَحَتْ في عِدَّتها فَضَرَبها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بالمخفقة ضرباتٍ وفرَّق بينهما ثم قال عمر : (أيما امرأة نَكحت في عِدَّتها فإنْ كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فُرِّق بينهما ثم اعتدت بقية عِدَّتها من زوجها الأول ثم كان الآخر خاطباً من الخُطَّاب فإنْ كان دخل بها فُرِّق بينهما ثم اعتدت بقيةَ عِدَّتها من الأول ثم اعتدَّتْ من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً»[1] .

يقول الباجي في شرحه : (وقد روي مثل ذلك عن علي بن أبي طالب وقد انتشرت هذه القضية وانتقلت إلى الأمصار ولم يخالفها أحد فكان لهذا الحكم الإجماع) .

---

(١) المنتقى شرح الباجي جـ ٣ ص ٣١٥ .

في هذا الأثر نرى أن عمر يحكم بتأبيد حرمة المرأة على الرجل الذي تزوجها في عِدَّتها ودخل بها مع أن القاعدة في التحريم أنها حرام ما دامت في العدة فقط ، فإذا انتهت عدتها حلت لكل خاطب يحل له زواجها ولو كان الذي ارتكب المخالفة بتزوجها في عدتها بدليل أنه لم يَحْكم بتأبيد التحريم على من تزوجها ولم يدخل بها .

فَعَلَ ذلك عقوبةً زاجرة لمن تَعَجَّل الأمور قَبْل أوانها وأَمْعَنَ في المخالفة وَدَخَل بتلك المرأة المُحَرَّمة عليه ، وتلك الجزئية تعتبر مستثناةً بهذا الحُكْمِ من عموم القاعدة .

٨ ـ من المعلوم أنَّ الزوجية الصحيحة سبب من أسباب الإرث ، فإذا انتهى عقد الزواج بالطلاق البائن ومات أحد الزوجين فلا ميراث بينهما ، ولكن عمر وعثمان رضي الله عنهما حكما بتوريث المرأة التي طلقها زوجها بائنا في مرض موته إذا مات وهي في العِدَّةِ . فقد وَرَّث عثمانُ تُماضِرَ بنت الأصْبغ الكلبيةَ من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في مرضه فبَتَّها واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان كالإجماع على ذلك ، ولم يثبت عن علي ولا عن عبد الرحمن خلاف عن هذا ، بل قد رَوَى عروةُ عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن «لئن مِتَّ لأورثنَّها منك، قال قد علمتُ ذلك»(١) فالحكم بالتوريث في هذه الحالة مع زوال السبب الموجِب للإرث استثناءٌ من القاعدة للمصلحة وهي زجر الأزواج الذين يَقْدُمُون على هذا العمل قاصدين الفِرارَ مِنْ الإرث بأَنْ يُرَدّ عليهم قَصْدُهم .

٩ ـ لما قام أبو ذر الغِفاري بدعوته التي يذهب فيها إلى أن الواجب على الأغنياء التنازل عن بقية أموالهم ما عدا ما يسد الحاجة ، وأن كل ما زاد عن الحاجة فهو كنز يُعاقَب صاحبه يوم القيامة استنادا إلى قوله تعالى : «والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشِّرهم بعذاب أليم» وخالفه جمهور الصحابة وحملوا الوعيد على مانعي الزكاة استناداً للحديث «ما أُدِّيتْ زكاته فليس بكنز» .

---

(١) المغني لابن قدامة جـ ٦ ص ٣٣٠ .

لَمَّا قام بهذه الدعوة صادفتْ قبولا من الفقراء فالتفُّوا حوله . وكان حينئذ بالشام فشكاه معاوية إلى الخليفة عثمان فاستقدمه إلى المدينة ودارت بينهما مناقشةٌ تَمَسَّك فيها أبو ذر برأيه ، فقال له الخليفة (يا أبا ذر عَلَيَّ أنْ أقضي ما عليَّ وآخذ ما على الرعية ولا أُجبرهم على الزهد وأنْ أدعوهم إلى الاجتهاد والاقتصاد) فلما لم يرجع عن رأيه وتمسك به وخشي عثمان الفتنة أَمَره بالخروج من المدينة فاختار الرَّبذَة «مكان في قلب الصحراء بين مكة والمدينة» وقد كان يغدو إليها في زمن النبي صلى الله عليه وسلم .

فموقف أبي ذر ومن ورائه جماعة من الفقراء اعتبره عثمان تهديداً للأمن وإن كان صَدَر عنه عن اجتهاد لظواهر النصوص فنفاه خارج المدينة أو بلغة العصر الحديث حَدَّد إقامته ليقضي على تلك الدعوة التي لو بقيت لزاد خطرها بتشعب النزاع بين الفقراء وأصحاب الأموال .

فهذه حالة استثنائية لجأ فيها الخليفة إلى هذا العمل دفعاً للفساد وحفظا لكيان المجتمع .

وأبو ذر في هذا يرى أنه قد أَدَّى واجبه بإعلان رأيه ، وبعد ذلك امتثل لأمر الخليفة ولم يشأ أن يذهب إلى أكثر مما ذهب إليه ، لأنه رأى مع ذلك أنَّ أمر الخليفة واجب التنفيذ وهو لا يبغي الفتنة ، ولا أَدَلَّ على ذلك مِن أنه لما مر عليه جماعة من أهل الكوفة وهو في منفاه كما جاء في طبقات ابن سعد ـ وقالوا له : (إن هذا الرجل فعل بك وفعل فهل أنت ناصبٌ لنا) ـ يعني نقاتله ؟ ـ فقال ، (لا لو أن عثمان سيَّرني من المشرق إلى المغرب لسمعتُ وأطعتُ) .

فرضي الله عنك يا أبا ذر لقد أعلنت رأيك وجهرت به ولم تخف في الله لومةَ لائم ثم لما وجدت الفتنة أَطَلَّتْ برأسها ساعدتَ على القضاء عليها وخرجت إلى البادية لتموت وَحْدَك غريبا كما تنبأ لك رسولُ الله .

١٠ ـ القاعدة الشرعية أنَّ المُؤتمن لا يضمن ما في يده إذا هلك دُون تَعَدٍّ منه أو تقصير في الحفظ ، ولكنَّ الصحابة ذهبوا إلى تضمين الصُنَّاع إذا ادَّعوا هلاكَ ما بأيديهم دون أن يُقدِّموا بينةً على صدق دعواهم ، فعلوا ذلك مع أن الصُنَّاع مؤتمنون محافظةً على أموال الناس التي تكون بأيديهم ويُغَيِّبونها عن أعين الناس ،

فلو لم يقضوا بالتضمين لتعرضت أموال الناس للضَّياع بدعوى هلاكها ، لذلك قال علي كرم الله وجهه «لا يُصْلِحُ الناسَ إلا ذاك» .

وهذا استثناءٌ من عموم القاعدة ، ومن هنا جعل الفقهاء القائلون بالاستحسان أنَّ تضمين الصُنَّاع ثبت على خلاف القياس استحسانا وهو في حَيِّز المستثنى من الدليل الدال على أن الأُجراء مؤتمنون على ما بأيديهم(١) .

تلك أمثلة من استثناءات الصحابة . وهم إن لم يصرحوا فيها بالاستثناء إلا أنَّ حقيقته موجودة فيها لأنها عبارة عن أفراد جزئية من جزئيات العام الداخل تحت نص أو قاعدة وإفراده بِحُكْمٍ خاص مغايرٍ لحكم العام يحقق مصلحة أو يدفع مفسدة أو يرفع حرجا يقع الناس فيه .

والذي نلاحظه أن تلك الاستثناءات ليست كلُّها من باب الترخيص بحكم أخف من الحكم الأول ، بل منها ذلك ، ومنها ما هو عدول من حكم إلى آخر أشدَّ للزجر أو لدفع الفساد .

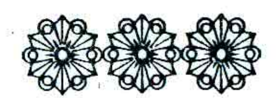
وهم في ذلك يطبقون مبادىء التشريع ويختارون الحكم الذي يحقق مَقْصِدَ الشارع في نظرهم ، لذلك رأينا أن منها ما هو متَّفق عليه ، ومنها ما وقع الاختلاف فيه ، لأنها جاءت في عصر ظهر فيه الاجتهاد مصدراً للأحكام بعد كتاب الله وسنة رسوله ، وكان من الطَّبعي أن تجيء كلها بعد استقرار الأحكام الأصلية التي تَمَّتْ قبل أن يلحق رسولُ الله بالرفيق الأعلى .

وكان عملهم هذا مَناراً اهتدى به من جاء بعدهم من الفقهاء فسلكوا مسلكهم ولم يُغْلَقْ باب الاستثناء في جميع عصور الاجتهاد بل ولا في عصور التقليد ، يقف على ذلك مَنْ راجع كتب الفقه في المذاهب المختلفة ، غير أنَّهذا الاستثناء استُحدِثَ له اسم جديد في عصر الأئمة عندما ظهر الاصطلاح الذي تميزت فيه الأدلة التي تجيء بعد كتاب الله وسنة رسوله واختص كل واحد منها باسم خاص بعد أن كان يجمعها كلها كلمة الرأي في عصر الصحابة فسمي اتفاقُ المجتهدين على حكم في عصر من العصور إجماعا . وسمي إلحاقُ الواقعة بنظيرها

---

(١) الشاطبي في الاعتصام جـ ٢ ص ٣٣٤ .

في حكمها عند تساويهما في المعنى الذي شُرع من أجله ذلك الحكم **قياسا** ، كما سُمِّي ربطُ الحكم بما يترتب على الفعل من نفع راجع أو ضرر غالب مصلحةً ، كما سمي الاستثناء من القواعد والأدلة استحسانا ، وقد صَحِبَ إطلاق كلمة الاستحسان على الاستثناء أو تسمية بعض الأدلة به نزاع بين الفقهاء استمر فترة من الزمن إلى أنْ تكتشف حقيقته ، وانتهى الأمر بين المتنازعين إلى الوفاق أو ما يقرب منه كما سيأتي توضيحه .(١)



---

(١) انظر كتاب (الفقه الاسلامي مصدر التشريع) لجماعة من العلماء صادر عن مؤتمر مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر ففيه بحث ماتع للأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبي في الاستثناء من عموم الأدلة وصلته بالاستحسان فليُنظر .

الباب الثاني

تعريف الاستحسان وحجيته

الفصل الأول

التعريف بالاستحسان وضوابطه

المبحث الأول

تعريف الاستحسان

في اللغة والاصطلاح

١ ـ تعريفه لغة :

الاستحسان في اللغة عَدّ الشيء حَسَنا[١] ، قال الفيروزبادي في المحيط (واستحسنه عَدَّه حَسَناً)[٢] .

وليس هناك خلاف بين الأصوليين والفقهاء في جواز استعمال لفظ الاستحسان[٣] لوروده في القرآن الكريم كقوله تعالى :(الذين يستمعون القول فيتَّبِعون أَحْسنه) سورة الزمر/١٨ وقوله سبحانه (وأْمُرْ قومك يأخذوا بأحسنها) الأعراف /١٤٤ ، ولوروده في السُنّة كما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)[٤] .

الاستحسان في اصطلاح بعض الفقهاء :

وورد في عبارات المجتهدين كقول الإمام الشافعي رضي الله عنه (أَسْتَحْسِنُ في المُتْعَة ـ أي الهدية بعد الطلاق ـ أن تكون ثلاثين درهما ، وأستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، وأستحسن ترك شيء للمكاتَب من نجوم الكتاب ـ أي أقساطها ـ) وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى عند إقامة الحَدِّ ، (القياس أن تقطع وأستحسن التحليف على المصحف ونحو

---

(١) التلويح جـ ٢ ص ٥٧١ .

(٢) المحيط جـ ٤ ص ٢١٤ باب النون فصل الحاء تحت مادة (حسن) .

(٣) شرح الإسنوي ٣ ص ١٦٨ .

(٤) رواه أحمد موقوفا على ابن مسعود رضي الله عنه مما له حكم المرفوع .

ذلك)[1] . وتَرْجَمَ بعضُ فقهاء الحنيفة بالاستحسان لمسائل الحَظْر والإباحة ، فيرى ابن عابدين رحمه الله أنَّ الاستحسان (استخراج المسائِل الحِسَان)[2] .

٢ - تعريف الاستحسان عند الأصوليين :

أ - بعض تعريفات المالكية :

ابن العربي :(الاستحسان هو إيثارُ تَرْك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارَض به في بعض مقتَضياته) .

الشاطبيّ : (الاستحسان عندنا وعند الحَنَفية هو العمل بأقوى الدليلين فالعموم اذا استمر والقياس اذا اطَّرد فإنَّ مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان والاستثناء من القياس بأي دليل كان) .

ابن رُشْد :(الاستحسان هو طرح القياس الذي يُؤدِّي إلى غلو في الحكم ومبالغةٍ فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي أن يُسْتثنى من ذلك القياس) .

ب - بعض تعريفات الحنابلة :

ابن قدامة في كتابه روضة الناظر :(الاستحسان له ثلاثة مَعَانٍ :

إحداها : العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليلٍ خاص من كتاب أو سُنّة .

ثانيها : ما يستحسنه المجتهد بعقله

ثالثها : دليل ينقدحِ في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه)[3]

جـ - بعض تعريفات الحَنفيَّة :

البَزْدوي : (الاستحسان هو العدول عن مُوجَبِ قياس إلى قياس أقوى منه ، أو هو تخصيص بقياس أقوى منه)[4] .

---

(١) شرح المحلي على جَمْع الجوامع جـ ٢ ص ٢٨٨ ، غاية الوصول ١٤٠ .

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٢١٩ .

(٣) وعرفه الطوفي في مختصره بقوله :(أَجْوَد تعريف للاستحسان أنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص، وهو مذهب أحمد) على تقدير كون الطوفي من الحنابلة .

(٤) كشف الأسرار ص ١١٢٣ .

النَّسَفي : (الاستحسان هو العدول عن قياس إلى قياسٍ أقوى منه أو هو دليل يعارض القياس الجَليّ)[1] .

الكَرْخي : (الاستحسان هو أن يَعْدِلَ الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نَظائرها إلى خلافة لوجهٍ يقتضي العدول عن الأول)[2] .

شمس الأئمة : (الاستحسان في الحقيقة قياسان ، أحدهما جليٌّ ضعيفُ أثره فسمي قياسا ، والآخر خفيٌّ قويٌّ أثره فسمي استحسانا أي قياسا مستحسَنا)[3] .

التفتازاني وصدر الشريعة : (هو اسم لدليل متفق عليه نصا كان أو إجماعا أو قياسا خفيّاً اذا وقع في مقابلة قياسٍ تسبق إليه الأفهام حتى لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة) .

الجيلاني (أبو القاسم ابن الحسن) من الإمامية : (الاستحسان هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس .

د ـ تعريفات بعض المعاصرين من الأصوليين : (الاستحسان في اصطلاح الأصوليين القائلين به (هو العدول عَنْ حكم اقتضاه دليلٌ شرعي في واقعة إلى حكم آخر فيها لِدليل شرعي اقتضى هذا العدولَ) وهذا الدليل الشرعي المقتضي

---

(1) ابن العيني على المنار بهامش ابن الملك ص ٢٨٥ .

(2) كشف الأسرار ص ١١٢٣ .

(3) كشف الأسرار ص ١١٢٦ .

لـلعـدول هـو سَنَـدُ الاستحسان)[1] .

(الاستحسان هو العدول بالمسألة عن حكمِ نظائرها إلى حكمٍ آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول)[2] .

وبالنظر في هذه التعريفات نستنتج أمرين :

أحدهما: أن الأصوليين من الحَنَفيَّة والمالكية والحنابلة مع اختلاف عبائرهم في تعريف الاستحسان متفقون في معنى جوهري له وهو أنه عدول عن حكم إلى حكم في بعض الوقائع أو إيثار حكم على حكم أو طرح حكم أو ترك حكم او استثناء جزئية من حكمٍ كلي أو تخصيص بعض أفراد العام بحكم خاص ، ومتفقون على أنَّ هذا العدول أو الإيثار أو الاستثناء أو التخصيص لا بد أن يستند إلى دليل شرعي من النصوص أو معقولها أو المصلحة أو العُرف ، وهذا الدليل هو الذي يسمى في اصطلاح الأصوليين (وجه الاستحسان وسند الاستحسان) ولهذا نرى في الأحكام الفقهية كلما قيل في حكمٍ (إنه بالاستحسان) قيل وجه الاستحسان .

وثانيهما : أن العدول قد يكون عن حكم دل عليه قياس ، وقد يكون عن حكم اقتضاه تطبيق قاعدة شرعية كلية ، فبعض التعريفات التي عَرَّفت الاستحسان بأنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى أو تخصيص قياسٍ

---

(١) التلويح شرح التوضيح جـ ٢ ص ٥٧٢ ، نسمات الأسحار ص ١٥٠ ط البابي الحلبي .

(٢) مصادر التشريع ص ٧١ .

(٣) المدخل الفقهي ص ٤٨ ط ٧ وقوانين الأصول .

بدليل أقوى - تعريفات غير جامعة .[1]

٣ - الرأي المختار في تعريف الاستحسان :

لا شك أن تعريف الكَرْخي[2] أجمع التعريفات كلِّها وأفضلها ويمكننا على ضوئه صياغة تعريف بشكل أقرب إلى لغة العصر فأقول :

(هو عدولُ المجتهد عن حُكْمه في واقعةٍ بمثل ما حَكَم به في نظائرها إلى حُكْم آخر مخالف للأول لوجه اقتضى هذا العدول) . والله أعلم .

---

(١) وقد جَمع الشوكاني في كتابه (إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول) عدة تعريفات للاستحسان من غير نسبة تعريف الى قائله فقال :

[واختلف في حقيقته فقيل (هو دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه) وقيل (هو العدول عن قياس أقوى) ، وقيل (هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس) .

وقيل (هو تخصيص قياس بأقوى منه) ، وقيل (هو استعمال مصلحة جزئية في مقابل قياسٍ كلي] . وكذلك ذكر الرُّهاوي من الحنفية في حاشيته على ابن الملك عَشْرة تعاريف فقال :(وفي الاصطلاح قيل هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأفهام قبل التأمل ، وقيل هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى وهو في حكم الظاهر) اهـ ص ٨١١ .

(٢) مصادر التشريع ص ٧١ ، وأجمع التعريفات في رأي الاستاذ خَلاَّف تعريف الكَرْخي من الحنفية وابن رشد من المالكية والطوفي من الحنابلة ومنها استخلص تعريفه السابق اهـ ص ٧١ .

المبحث الثاني

ضوابط الاستحسان

بالاستقراء استطعتُ حَصْرَ ضوابط الاستحسان بستة ضوابط دونك تفصيلَها :

١ ـ أن يكون الاستحسان مُعْتَدًّا به عند قبح القياس أو عدم صلاحية الحكم الأصلي الاجتهادي للتطبيق فقط .

بهذين الشرطين يقوم الضابط الأول للاستحسان ، فلا يُعتَدُّ بالاستحسان عندما يصلح القياس لدى المجتهد ، أو عندما يكون الحكم الاجتهادي الأصلي صالحا للتطبيق ، إذاً الاستحسان في حقيقة الأمر **جنوح نحو العدالة** ، أي مَيْلُ المشرِّع إلى روح العدل وهو معنى ما قاله ابن القيم (فإذا ظَهَرتْ أمارات العَدْل فَثَمَّ شرعُ الله) .

٢ ـ أن يندرج الحكم الاستحساني تحت أصل من أصول التشريع العامة ؛ وفي نظري ، هذا ضابطٌ لكل اجتهاد أو رأي في الدِّين سواء كان استحسانا أو عُرفا او استصلاحا ، ولكنه في الاستحسان آكد لأنه ـ أي الاستحسان ـ مَظِنَّة التشهِّي والهوى ، فكان ذلك معتبرا لأجله .

٣ ـ أن يحقِّق الحكمُ الاستحسانيُّ مقاصدَ الشريعة العامة من دَرء المفاسد وجلب المصالح ودفع الضرر ورفع الحرج ، وهذا ضابط مهم جداً ، لأن أي استحسان لا يحقق المَقْصد العام للتشريع يبقى مرفوضا ، وكذلك كل حكم اجتهادي من أنواع الاجتهاد بالرأي ، فالأصل في الأحكام الشرعية تحقيق هذه المقاصد من الضروريات والحاجيات والتحسينيات : وذلك كله ملخص في رفع الضرر ودفع الحرج وجلب المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم ، وانظر

في هذا الباب المستصفى للإمام الغزالي والموافقات للإمام الشاطبي .

٤ ـ أن لا يصادم الحكمُ الاستحسانيُّ أصلا من أصول الشريعة أو نصا مُحْكما من الكتاب أو السُنَّة المتواترة أو ما هو معلوم من الدين بالضرورة :

ولعل هذا الضابط أشد الضوابط لزوما وأعظمها خطرا في الفقه ، فما صادم ما ذكرتُ لا يُعْتَدُّ به ولا يكون حُكْما شَرعيّا لله تعالى أبدا ، وحسبك في ذلك قول رسول الله صلوات الله عليه (مَنْ أَحْدَثَ في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رَدٌّ) .

٥ ـ أن لا يؤدي الحكمُ الاستحسانيُّ إلى ذريعةِ فَسادٍ ، وقاعدة مُقَدمة الواجب معلومةٌ ، إذن ما أَدَّى إلى شيءأَخَذَ حُكْمه، وكل ما أدَّى إلى صلاح فهو صلاح وما أَدَّى إلى فساد فهو فساد والحكم الاستحساني معتَبر ما لم يؤد إلى ذريعة فساد فيكون مردودا .

٦ ـ الضابط السادس : أَنْ يكون المستحسِن هو المجتهد فقط ، والاستحسان صادراً منه دون غيره ، فبما أنَّ الاستحسان هو عدول المجتهد ، فهذا العدول يجب أن يكون صادرا عن المجتهد المطلق سواء كان مستقلا أو منتسبا ، واختلف في مجتهدِ المذهبِ ، والذي يُرْكَنُ إليه ويَطْمئنُّ القلب له أنَّ مجتهدَ المذْهب يَحِقُّ له الاستحسان كالمجتهد المُطْلق بشروطه ، لأن المجتهد المطلق في هذه الأَعصر يكاد يكون منعدما فيتعطل الاستحنسان مصدراً من مصادر الشريعة فيقوم مجتهد المذهب بهذه المهمة تخريجا على استحسانيات إمامه واقتداءً به في ذلك .

المبحث الثالث

فروق الاستحسان

عن أشباهه

للاستحسان فرقان سنبين القول عنهما فيما يلي ، (عن مشابهاته) .

١ ـ الفَرْقُ الأول : الاستحسان وتخصيص العلة :

توهَّم بعض مبطلي الاستحسان أنه من باب تخصيص العلة ، وذلك أن القياس ثابتٌ في صورة الاستحسان وفي جميع الصور ، وقد تُرِك العمل به في صورة الاستحسان لمانعٍ وعُمِلَ به في غيرها لعدم المانع فيكون باطلا .

وَرَدَّ عليهم الحنفيةُ مُثْبتو الاستحسان أنه ليس من قَبيل تخصيص العلة لأن انعدام الحكم في صورة الاستحسان إنما هو لانعدام العلة ، مثال ذلك أن موجِبَ نجاسة سؤر سباع الوحش هو الرطوبة النَّجِسة في الآلة الشاربة ، ولم يوجد ذلك في سباع الطير فانتفى الحكم لذلك ، وهذا معنى ترك القياس الجلي الضعيف الأثر بدليل قوي هو قياس خفي قوي الأثر فلا يكون الاستحسان من تخصيص العلة في شيء[1] .

٢ ـ الفرق الثاني : الفرق بين القياس والاستحسان والاستصلاح من جهة مجال الاجتهاد بكلٍّ منها .

ـ إذا عَرَضَتْ للمُكلف واقعة فيها حكم دل عليه نص القرآن أو السنة أو انعقد عليه إجماعُ المجتهدين من المسلمين في عصر من العصور وجب اتباع هذا الحكم ولا مجال للاجتهاد بالرأي في هذه الواقعة .

---

(١) التلويح جـ ٢ ص ٥٧٨

- وإذا عَرَضَتْ واقعةُ ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ولكن ظهر للمجتهد أنَّها تساوي واقعةً فيها حكم بنص أو إجماع في العلة التي بُني عليها حكم النص أو الإجماع فانه يُسوِّي بين الواقعتين في حكم النص لتساويهما في العلة التي بُني عليها ، وهذه التسوية هي القياس وهو أول طرق الاجتهاد بالرأي لأن المُجْتَهِد يستنبط علة حكم النص باجتهاده برأيه ، ويتحقق من وجودها في الواقعة المسكوت عنها باجتهاده برأيه .

وإذا عَرَضَتْ واقعة يقتضي عموم النص حكما فيها أو يقتضي القياس المتبادِر حكما فيها أو يقتضي تطبيق الحكم الكلي حكما فيها وظهر للمجتهد أنَّ لهذه الواقعة ظروفا وملابسات خاصة تجعل تطبيق النص العام أو الحكم الكلي عليها أو اتباع القياس الظاهر فيها يفوت المصلحة أو يؤدي إلى مفسدة فعدل فيها عن هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصها من العام أو استثناؤها من الكلي أو اقتضاه قياس خفي غير متبادر ، فهذا العدول هو الاستحسان وهو من طرق الاجتهاد بالرأي لأن المجتهد يُقدِّر الظروف الخاصة لهذه الواقعة باجتهاده برأيه ويرجح دليلا على دليل باجتهاده برأيه .

- وإذا عَرَضَتْ واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع ولا قياس ولا يتعارض فيها دليلان ، وظهر للمجتهد أنَّ هذه الواقعة فيها أمر مناسب لتشريع حكم ، أي إن تشريع الحكم بناءً عليه يحقق مصلحةً مطلقة لأنه يجلب نفعا أو يدفع ضررا ، فاجتهد في تشريع الحكم لتحقيق هذه المصلحة فهذا هو الاستصلاح ، وهو من طرق الاجتهاد بالرأي لأن المجتهد يهتدي إلى الأمر المناسب في الواقعة برأيه ويهتدي إلى الحكم الذي يبنيه عليه برأيه .

فواقعةُ القياس واقعة ليس فيها حكم بنص ولا إجماع أُلْحِقَت بواقعة فيها حكم بنص أو إجماع .

وواقعةُ الاستحسان واقعةٌ تَعارض في حكمها دليلان وعَدَل المجتهد فيها عن حكم أَظْهر الدليلين لِسَندٍ استند إليه في هذا العدول .

وواقعة الاستصلاح واقعة بِكْرٌ لا حكم فيها بنص ولا إجماع ولا قياس ويَشْرع فيها المجتهد الحكم لتحقيق مصلحة مُعَينة .

وبالتحقيق الدقيق يظهر أن مَرْجِع الاستحسان والاستصلاح إلى القياس[1] فالاستحسان لدى الحنفية قسيم القياس وليس دليلا خامسا زائدا عليه بل هو أحد القياسين[2] سمي بالاستحسان إشارةً إلى أنه الوجه الأولى في العمل به لترجحه على الآخر ، قال شمس الأئمة رحمه الله ،(سَموه استحسانا للتمييز بين القياس الظاهر الذي تذهب إليه الأوهام ، وبين الدليل المعارض له وهو نظير عبارات أهل الصناعات في التمييز بين الطرق لمعرفة المراد ، فإن أهل النحو يقولون : هذا نصب على التمييز وهذا نصب على الظرف ، وهذا نصب على المصدر للتمييز بين المعاني الناصبة ، وأهل العَرُوض يقولون هذا من البحر الطويل ، وهذا من البحر المتقارب ، وهذا من البحر المديد ، فكذلك آباؤنا استعملوا عبارة القياس والاستحسان للتمييز بين الدليلين المتعارضين وخصصوا أحدهما بالقياس والآخر بالاستحسان لكون العمل به مستحَسنا ولكونه مائلا عن سَنَنِ القياس الظاهر ، فسمَّوه بهذا الاسم لوجود معنى الاسم فيه بمنزلة الصلاة فإنها اسم للدعاء ، ثم أُطلقت على العبارة المعهودة لما فيها من الدعاء عادةً) .[3] .

وخُلاصةُ القول أن النسبة بين الاستحسان والاستصلاح من قَبيل العموم والخصوص المُطْلق ، فالاستصلاح أعمُّ والاستحسان أَخَصُّ ، فكل استحسان هو وجه من الاستصلاح خولف فيه القياس ، وليس كل ما بني من الأحكام على قاعدة المصالح المرسلة يُعَدُّ استحسانا ، لأن الاستحسان هو الطريق الذي فيه مخالفة للقواعد القياسية .[4] .

---

(١) مصادر التشريع ص ٦٧ - ٦٨ - ٦٩ .

(٢) أصول البزدوي ص ١١٢٣ .

(٣) كشف الأسرار جـ ٢ ص ١١٢٤ .

(٤) المدخل الفقهي ص ٨٠ .

الفصل الثاني

حجية الاستحسان

المبحث الأول

مذاهب العلماء

في حجية الاستحسان

المذاهب في حجية الاستحسان ثلاثة :

١ ـ فمذهب جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة أنه دليل شرعي تثبت به الأحكام في مقابلة ما يوجبه القياس أو عمومُ النص ، وقد تعددت عباراتهم في تعريفه كما قدمنا ، وعلى هذا فالاستحسان لديهم حجة شرعية .(١) .

٢ ـ ومذهب الشافعي أنه ليس بدليل شرعي وإنما هو تذوق وتلذذ وجرأة على التشريع بالهوى والرأي في مقابلة ما يوجِبُه الدليل الشرعي ، وقال بذلك الظاهرية والمعتزلة وعلماء الشيعة قاطبة(٢) .

٣ ـ ومذهب فريق من العلماء أنه دليل شرعي ولكنه ليس دليلا مستقلا بل هو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى لأن مآله عند التحقيق هو العمل بقياس ترجح على قياس ، أو العمل بالعُرف ، أو المصلحة . ومن هذا الفريق الشوكاني ، فقد ختم بحثه بما نصه :(فقد عَرَفْتَ بمجموع ما ذكرناه أن ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه أصلا لأنه إنْ كان راجعا إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار وإن كان خارجا عنها فليس من الشرع في شيء بل هو من التَقَوُّل على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة وبما يضادها أخرى) .

الأدلة :

آ ـ أدلة المثبتين للاستحسان :

استدلوا بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

---

(١) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد ص ١٣٥ وما بعدها ، روضة الناظر ١ ص ٤٠٧ .

(٢) ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان ص ٥٠ والإحكام لابن حزم جـ ٦ ص ٧٥٩ .

١ ـ فمن الكتاب قوله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)/البقرة ١٨٥ فقالوا : إنَّ في الأخذ به ترك العسر إلى اليسر وهو أصل في الدِّين .

٢ ـ أما حجيته من السُّنَّة فيما يلي :

ـ بقول الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفا عليه (وما رآه المسلمون حَسَناً فهو عند الله حَسَنٌ) . [١] .

ـ ومثل السَّلَمِ والإجارةَ وبقاء الصوم مع فعل الناسي للمنافي، فإنَّ القياس يأبى جواز السلم لأن المعقود عليه الذي هو محل العقد معدوم حقيقة عند العقد ، والعقد لا ينعقد في غير محله ، إلا أنَّا تركناه بالأَثَرِ الموجِبِ للترخيص وهو قول الراوي (وَرَخَّص النبي صلوات الله عليه بالسَّلم) وقوله عليه السلام (من أَسْلَمَ منكم فليُسْلِم في كيل معلوم) الحديث ، [٢] وروى ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام قال (مَنْ أَسْلَفَ في شيء فليُسْلِف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجلٍ معلومٍ) ، [٣] وأقمنا الذمة التي هي محل المسلَّم فيه مقام المعقود عليه في حكم جواز السَّلم .

وكذلك القياس يأبى جواز الإجارة لأن المعقود عليه وهو المنفعة معدوم في الحال ولا يمكن جعل العقد مضافا إلى زمان وجوده لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع والنكاح إلا أنَّا تركناه بالأثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام ؛ (أَعْطُوا الأجيرَ حَقَّه قبل أنْ يجف عرقُه) ، [٤] فالأمر بإعطاء الأجير أجره دليلُ صحة العقد ، وكذا الأكل ناسيا يوجب فسادَ الصوم في القياس ، لأن الشيء لا يبقى مع وجود منافيه كالطهارة مع الحَدَثِ والاعتكاف مع الخروج من المسجد من غير حاجة إلا أنه متروك للأثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام : (تِمَّ على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك)[٥] .

---

(١) رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير .

(٢) رواه أحمد في مسنده وصححه .

(٣) رواه أحمد في مسنده وصححه .

(٤) رواه ابن ماجه عن ابن عمر وأبو يَعْلى في سنده والطبراني في الأوسط .

(٥) أخرج الحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عيه وسلم قال (من أفطر في =

٣ ـ حجيته من الإجماع :

ومن أنواع الاستحسان ما ثبت بالإجماع مثل الاستصناع فيما فيه للناس تعامل ، والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيعُ معدومٍ للحال حقيقةً وهو معدوم وصفا في الذمة ولا يجوز بيع شيء إلا بعد تعيينه حقيقة أو ثبوته في الذمة كالسلم . فأما مع العدم من كل وَجْهٍ فلا يُتَصَّور عقد ، لكنهم استحسنوا تركه بالإجماع الثابت بتعامل الأمَّة من غير نَكير .(١)

٤ ـ أما حجيته من المعقول ، فأمور ثلاثة :

ـ أوَّلُها أن ثبوته كان بالأدلة المتفق عليها بأنها حجة لأنه إما أن يثبت بالأثر وإما بالإجماع وإما بالضرورة وإما بالقياس الخفي وإما بالعرف وإما بالمصلحة .

ـ وثانيها :

أنه ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أَنَّ اطِّراد القياس أو استمرار العموم أو تعميم الكلي قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس ، لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات ، وتلابسها ملابسات تجعل الحكم فيها بموجب القياس أو العام الكلي يجلب المفسدة أو يُفوِّت المصلحة ، فمن العدل والرحمة بالناس أن يُفتح للمجتهد باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياس أو الحكم الكلي إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة ، وهذا العدول المقصود به درء المفاسد وجلب المصالح هو الذي نسميه الاستحسان ، وإلى هذا أشار ابن رشد بقوله : (الاستحسان طرح القياس الذي يؤدي إلى غُلُوٍّ في الحكم ومبالغة فيه إلى

= رمضان ناسيا فلا قضاء عليه ولا كفارة) اهـ .

أما حديث (تِمَّ على صومك) فقد رواه الأئمة الستة في كتبهم من حديث محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه ، واللفظ لأبي داود . وكذلك أخرجه الدارقطني وابن حِبان في صحيحه والبزار في مسنده والحاكم في سننه ، وأخرجه الحاكم أبو عبد الله النيسابوري في مستدركه ، قال البيهقي في المعرفة (تفرد به الأنصاري عن محمد بن عمرو وكلهم ثقات) اهـ نصب الراية جـ٢ ص ٤٤٤ .

(١) كشف الأسرار ص ١١٢٤ .

حكم آخر في موضع يقتضي أن يستثنى من ذلك القياس) ، ومن أمعن النظر في أمثلة الاستحسان من أي نوع من أنواعه يتبين أن العدول عن موجَب القياس أو عموم العام في كل جزئية منها إنما هو لجلب النفع أو درء الضرر أو لإيثار مصلحة راجحة .

- وثالثها :

- أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلبا للمصلحة أو درءاً للمفسدة فالله سبحانه حرم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أُهلَّ لغير الله به ثم قال (فَمَنِ اضطُر غيرَ باغٍ ولا عاد فلا إِثم عَليه) ، وتَوَعَّد مَنْ كفر بالله من بَعْدِ إيمانه ثم قال (إلَّا من أُكْرِهَ وقلبُه مُطْمَئِنٌ بالإيمان) ، والرسول صلوات الله عليه نهى عن بيع المعدوم ورخص في السَّلَم ، وَنَهى عن قطع شجر مكة واستثنى الإذخر ، وهذا عدول عن عموم الحُكْم أو عن موجَب القياس في بعض الجزئيات لخصوصياتٍ فيها تقتضي هذا العدول ، وكل حكم هو رخصة ما هو إلا عدول عن حكم العزيمة[1] .

ب - أدلة منكري الاستحسان :

وأماَ أدلة منكري الاستحسان فقد عَبَّر عنها زعيمهم الإمام الشافعي رضي الله عنه بِعِدَّةِ عبارات أوردها في كتابيه الأم ورسالته الأصولية ، قال في الأم (لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتي إلا من جهة خبرٍ لازم وذلك الكتاب أو السنة أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياسٍ على بعض هذا ، ولا يفتي بالاستحسان ، إذْ لم يكن الاستحسان واحداً ولا في واحد من هذه المعاني) . وقال في الأم أيضا (إذا اجتهد المجتهد فاستحسن فالاجتهاد لِعَينٍ قائمة إنما هو شيء يُحدثه عن نفسه ولم يُؤْمر باتباع نفسه ، وإنما أُمر باتباع غيره ، فإحداثه على الأصْلَيْنْ اللذين افترض الله عليه من إحداثه على أصل لم يؤمر باتباعه وهو رأي نفسه ، فإذا كان الأصل أنه لا يجوز أن يتبع نفسه وعليه أن

---

(١) مصادر التشريع ص ٧٧ - ٧٨ ,

يتبع غيره ، فالاستحسان يدخل على قائله كما يدخل على من اجتهد غيرَ كتابٍ ولا سنة) .

وقال في رسالته الأصولية (الاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبدا إلا لعين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها أو لشبه عين قائمة ، وهذا يبين أنَّ حراما على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسانُ الخَبَر ، والخبرُ من الكتاب والسنة عين يَتوخى معناها المجتهدُ ليصيبه كالبيت الحرام يتأخاه من غاب عنه ليصيبه ، وليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد ، الاجتهاد ما وصفت من طلب الحق) .

وقال فيها أيضا (ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يَحْضُرهم من الاستحسان وإن القول بغير خبر ولا قياس لَغيرُ جائز) .

وقال فيها أيضا (الاستحسان تَلَذُّذٌ) و(كل واقعة نزلت بمسلم ففيها حكم لازم وعلى الحق فيها دلالة موجودة ، وعلى المسلم إذا كان فيما نزل به حكم بعينه اتباعُه ، واذا لم يكن فيه حكم بعينه طَلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد القياسي) .

وخلاصة ما يؤخذ من أقوال الإمام الشافعي رحمه الله أنه يُنكر الاستحسان لِمَا يلي :

١ ـ لأن المطلوب من المسلم أن يتبعه هو حكم الله أو رسوله أو حكم مقيس على حكم الله أو رسوله ، والحكم المُسْتَحسن للمجتهد هو حكم وَضعي لا شرعي مبني على التلذذ والتذوق ، وما أُمر المسلم أن يتبع حكم الهوى والتلذذ .

٢ ـ ولأن الله سبحانه شرع لكل واقعةٍ حُكْما وبيَّن بعض أحكامه بنصوص في كتابه أو على لسان رسوله ، وأرشد إلى الواجب اتباعه فيما لا نص فيه بقوله (وأولي الأمر منكم) وهذا ما أراده الإمام بقوله (**أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه**)، وبقوله سبحانه (فإن تنازعتم في شيء فرُدُّوه إلى الله والرسول) وهذا ما أراده الإمام بقوله (أو قياس على بعض هذا) فليس للمسلم فيما فيه حكم بالنص إلا أن يتبع حكم النص ، وليس له فيما لا حكم فيه بالنص إلا

أن يطلب الدلالة عليه بالطريق الذي أرشد الله إليه وهو القياس ، وبالأَوْلى ليس له أن يَعْدل عن الحكم الذي يقتضيه النصُّ أو القياس إلى حكم يقول إنه استحسنه ، لأن في هذا تقديم حكم الرأي على حكم الدليل الشرعي[١] وهو تشريع بالهوى . قال تعالى (وأَنِ احكم بينهم بما أنزل الله ولا تَتَّبِعْ أَهْواءهم) .سورة المائدة : ٤٩ .

٣ ـ ولأن الرسول صلوات الله عليه ما كان يفتي بالاستحسان ، وإنما كان ينتظر الوحي ، ولو استحسن لكان مخطئا لأنه لا ينطق عن الهوى .

٤ ـ ولأن الاستحسان أساسُه العقل وفي ذلك يستوى العالِمُ والجاهل ، فلو جاز لأحد الاستحسان لجاز لكل أحدٍ أن يشرع لنفسه شرعاً جديدا .[٢]

جـ ـ أدلة المذهب الثالث :

وأما القائلون بأن الاستحسان ليس دليلا شرعيا مستقلا ، فدليلهم أنه بالنظر في كل نوع من الأنواع التي سميت استحسانا يتبين أن سَنَدَ الحكم الشرعي فيه ومصدره هو دليل من الأدلة الشرعية المُسلَّمة .

ففي النوع الأول وهو الاستحسان الذي سنده قياس خفي تَرَجَّح على قياس جلي ، الحكمُ ثابت بالقياس ، وغايةُ الأمر أنَّ الواقعةَ وجِدَ فيها وصفان مناسبان : كلُّ واحد منهما يقتضي قياسا لتعدية حكم ، والمجتهد رَجَّح أحد الوصفين المناسبين لأن مناسبته أظهر ، وتأثيرها في جلب النفع أو دفع الضرر أقوى ، كما رَجَّح الحنفية في تزويج الولي البِكر الصغيرة مناسبة الصغر لثبوت الولاية ، وكما رَجَّح الإمام الشافعي مناسبة البكارة لثبوت الولاية .

وفي النوع الثاني وهو الاستحسان الذي سنده النص ، الحكم ثابت بالنص ، وفي النوع الثالث ، الحكم ثابت بالعُرف .

وفي النوع الرابع ، الحكم ثابت بالضرورة أو الحاجة أي بالمصلحة . وعلى هذا لا يوجد دليل مستقل يصح أن يعد دليلا شرعيا مع النص والإجماع والقياس ويسمى الاستحسان[٣] .

(١) مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص ٧٩ ـ ٨٠ .

(٢) ملخص إبطال القياس والرأي والاستحسان ص ٥٠ والإحكام لابن حزم جـ ٦ ص ٧٥٩

(٣) مصادر التشريع ص ٨٠ ـ ٨١ .

المبحث الثاني

تحرير محل الخلاف
في حجية الاستحسان

من تعاريف الاستحسان المتقدمة وأدلة المثبتين له لا يجد الفقيه الفاحص المنصف خلافا جوهريا بين العلماء في الاستحسان .

وإنما الخلاف لفظي كما قال جماعة من المحققين كابن الحاجب والآمدي وابن السبكي والإسنوي والشوكاني[١] وتابعهم جمهور الحنفية والمالكية وعبارتهم في ذلك (الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه ، وإنما الخلاف في الواقع في اعتبار العادة أو المصلحة صالحةً لتخصيص الدليل العام) .

وقالوا : (لأنهم ذكروا في تفسيره أمورا لا تصلح للخلاف ، لأن بعضها مقبول اتفاقا وبعضها مردود اتفاقا ، وبعضها متردِّد بين القبول والرد ، فما هو مقبول اتفاقا ؛ العدول عن مَوجَبِ قياس إلى موجَبِ قياس أقوى منه أو تخصيص مَوجَبِ قياس بأقوى منه ، ومما هو مردود اتفاقا العدول عن موجَبِ الدليل لمجرد الهوى وتوهم المصلحة ، ومما هو متردِّد بين القبول والرد ؛ العدول عن مَوجَبِ الدليل للعُرف أو المصلحة لأن العرف أو المصلحة إن كانا معتبرين شرعا فالاستحسان بناءً عليهما مقبول ، وإذا كانا غيرَ معتبرين شرعا فالاستحسان بناءً عليهما مردود) .

وقال ابن السَّمعاني : (إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشْتهيه من غير دليل فهو باطل ولا يقول به أحد ، وإنْ كان الاستحسان هو العدول عن مُوجَبِ دليل إلى موجَب دليل أقوى منه فهذا مما لا يُنكره أحد) . ومن

---

(١) الآمدي ٣ ص ١٣٧ ، الإسنوي ٣ ص ١٧١ ، إرشاد الفحول ص ٢١١ ، غاية الوصول ص ١٣٩ وشرح العضد على مختصر المنتهى ٢ ص ٢٨٨ .

هذا يؤخذ أن المختلفين في الاستحسان لم يحرروا موضع النزاع ، واختلافهم هو اختلاف ظاهري لفظي لا حقيقي .

فالقائلون بالاستحسان يقررون حُجِّية الاستحسان الذي هو عدولٌ عن الحكم في مسألة عما حُكِم به في نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضي هذا العدول كما عَرَّفه الكرخي من علماء الحنفية أو هو طرح القياس المؤدي إلى غلوٍّ في الحكم ومبالغةٍ فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي استثناءً من ذلك القياس كما عَرَّفه ابن رشد من علماء المالكية ، أو هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص كما عَرَّفه ابن قدامة من علماء الحنابلة .

والمنكرون لحجية الاستحسان ينكرون الاستحيسان الذي معناه استحسان المجتهد بعقله وهواه .

والاستحسان بالمعنى الأول لا ينبغي أن يخالفه عنه أحد ، لأنه ما هو إلا ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجِّح معتَبر شرعا عند المجتهد .

والاستحسان بالمعنى الثاني لا يقول به أحد لأنه ترك الحكم الذي دل عليه دليل شرعي إلى حكم بمجرد استحسان العقل والهوى هو تعطيل للأدلة الشرعية ، ولهذا قال التفتازاني صاحب التلويح (الحقُّ أنه لا يوجد في الاستحسان ما يصلح محلا للنزاع ، فإنْ كان النزاع في صحة العدول عن موجَبِ دليل إلى دليل أقوى منه فهذا لا ينبغي أن يكون محلا للخلاف لأن ترجيح أحد الدليلين المتعارضينْ بما يرجحه لا خلاف فيه ، وإنْ كان النزاع في تسمية هذا العدول استحسانا فلا مُشاحَّةَ في الاصطلاح) .

وقال الشاطبي في الموافقات (من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتَشَهِّيه ، وإنما رجع إلى ما عُلم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المعروضة كالمسائل التي يقتضي فيها القياس أمراً إلا أنَّ ذلك الأمر يؤدي إلى تفويت مصلحة من جهةٍ أو جلب مفسدة كذلك) ويقول ابن قدامة المقدسي في كتابه روضة الناظر (الاستحسان له ثلاثة معان :

١ ـ أحدها ؛ أن المراد به العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة وهو مذهب أحمد وهو ما لا ينكر وإن اختُلف في تسميته فلا

فائدة في الاختلاف في الاصطلاحات مع الاتفاق في المبنى .

٢ ـ وثانيها أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله قال : حُكي عن أبي حنيفة أن هذا حجة ، ولنا على فساده سلطان) ، وأخذ ابن قدامة في بيان فساد هذا المذهب على أنه مذهب أبي حنيفة مع أن أئمة علماء الحنفية كالكرخي والنسفي والبزدوي ما عَرَّفوا الاستحسان بهذا ، وهذا صدر الشريعة من علماء الحنفية يقول : «إذا ذكرنا الاستحسان فإنما نريد به القياس الخفي في مقابلة القياس الظاهر» .

وما يدلنا على أن الخلاف لفظي راجع الى العبارة والاصطلاح ، ولا مُشَاحَّة في الاصطلاح ما جاء في كشف الأسرار على أصول البزدوي :

(أبو حنيفة رحمه الله تعالى أَجَلُّ قَدْراً وأشدُّ وَرعاً من أن يقول في الدين بالتشهِّي ، بل عمل بما استحسنه من دليل قام عليه شرعا)[١] ويقول القَفّال الشافعي (إنْ كان المراد بالاستحسان مادلت الأصول بمعانيها فهو حَسَن ، لقيام الحجة به قال فهذا لا ننكره ونقول به ، وإن كان ما يقع في الوهم من استقباح الشيء واستحسانه من غير حُجَّة دلت عليه من أصل ونظير فهو محظور والقول به غير سائغ)[٢] .

فهذا كله يدل على أنَّ إنكار الإمام الشافعي رضي الله عنه ومن تابعه للاستحسان إنما هو الاستحسان المبني على محض العقول ومجرد القول بالرأي والتشهي من غير اعتمادٍ على دليل شرعي ، وهذا المعنى لم يقل به مُثْبتو الاستحسان .

---

(١) كشف الأسرار جـ ٤ ص ١١٢٣ .

(٢) إرشاد الفحول ص ٢١٢ .

الباب الثالث

فقه الاستحسان

الفصل الأول

فقه أنواع الاستحسان

المبحث الأول

أنواع الاستحسان

الفرع الأول: ذِكْر الأنواع :

الاستحسان عند القائلين به يتنوع تارة باعتبار ما عُدِل عنه وما عُدِل إليه وتارة باعتبار السَّند الذي بُني عليه العدول .

أولا : أنواعه باعتبار ما عُدِل عنه وما عُدِل إليه :

الاستحسان بهذا الاعتبار أنواع ثلاثة :

١ ـ قد يكون الاستحسان عُدولا عن مقتضى قياس ظاهر إلى مقتضى قياس خفي .

٢ ـ وقد يكون عدولا عن مقتضى نص عام إلى حكم خاص .

٣ ـ وقد يكون عدولا عن حكم كلي إلى حكم استثنائي .

آ ـ فمن أمثلة النوع الأول :

١ ـ قال فقهاء الحنفية : حقوق الرِيّ والصَّرْف والمرور لا تدخل [1] في وقف الأرض الزراعية تبعا دون ذكرها قياسا وتدخل استحسانا .

فالقياس الظاهر هو قياس الوقف على البيع بجامع أن البيع يُخرج المبيع من مِلك البائع ، والوقف يُخرج الموقوف من مِلْك الواقف ، وفي بيع الأراضي الزراعية لا تدخل حقوق رِيِّها وصرفها والمرور إليها بدون ذكرها ، فكذلك في وَقْفها .

والقياس الخفي قياس الوقف على الإجارة بجامع أن المقصود بكلٍّ منهما الانتفاع بِرَيْع العين لا تَمَلُّك رقبتها ، وفي اجارة الأرض الزراعية تدخل حقوق رِيِّها وصرفها والمرور إليها دون ذكرها فكذلك في وقفها ، وهذا العدول عن

---

(١) مصادر التشريع ص ٧٢ .

مقتضيِ القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفي هو الاستحسان ، ووجهه أن المقصود من الوقف هو انتفاع الموقوف عليه بريع الموقوف لا تَمَلُّك رقبته ، والانتفاع بريع الأرض الزراعية لا يتحقق إلا بِرِيِّها وصرفها والمرور إليها ، فالقياس الذي يقتضي دخول هذه الحقوق في وقفها أقوى أثرا وأرجح من ناحية أنه يحقق المقصود من الوقف .

٢ ـ قال فقهاء الحنفية : سؤر سباع الطير كالصقر والنَّسر والغراب والحِدَأة نَجِسٌ قياسا ، طاهر استحسانا ، فالقياس الظاهر هو قياس سباع الطير على سباع البهائم كالذئب والفهد والنَّمر بجامع أنها كلها غير مأكول لحمها .

والقياس الخفي هو قياسها بالإنسان لأنه لا يؤكل لحمه وسؤره طاهر ، ووجه الاستحسان أن سباع الطير تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر ، وأما سباع البهائم فتشرب بلسانها المختلط بلعابها المتولد من لحمها النجس .[1] .

ويُسمى هذا النوع بالاستحسان القياسي ويُعَرِّفه أصوليو الحنفية بقولهم : (هو عدول المجتهد عن حكم قياس جَلِيٍّ إلى حكم قياس خفي لعلةٍ انقدحت في ذهنه رَجَّحت ذلك العدول لقوة التأثير) .

ب ـ ومن أمثلة النوع الثاني :

تخصيص السارق في عام المجاعة من عموم الآية (والسارقُ والسارقة فاقطعوا أَيديَهما) كما ذهب إليه عمر رضي الله عنه ، وتخصيص الأم رفيعة المنزلة التي ليس من شأن مثلها أَنْ تُرْضِع ولدها من عموم الآية والوالداتُ يُرْضعن أولادهن) كما ذهب إليه مالك رضي الله عنه .

جـ ـ ومن أمثلة النوع الثالث :

ـ الأمين يضمن بموته مُجَهِّلا الأمانة لأن التجهيل نوع من التقصير في الحفظ ويُستثنى الأب استحساناً إذا مات مُجَهِّلاً مال ابنه لأن للأب أن يَتَّجر في مال ابنه وأن ينفق عليه فربما اتجر فيه فخسر أو أنفقه عليه .

ـ المحجور عليه للسفه لا يصح الوقف منه لأنه غير أهل للتبرع ، ويُستثنى

---

(١) ابن أمير الحاج جـ ٣ ص ٢٢٣ وابن المَلَك على المنار ص ٢٨٦ .

من هذا استحسانا وقف المحجور عليه للسفه على نفسه لأن وقفه على نفسه فيه حفظ لماله وفيه تأمين نفسه من أن يصير عالةً على غيره .

- الأمين لا يضمن ما يهلك في يده من غير تعد أو تقصير ويستثنى من هذا استحسانا لِتَطْمين الناس على ما يكون عند الأجير إلا اذا كان هلاكه بقوة قاهرة وذلك الأجير المشترك فإنه يضمن ما يهلك في المشترك كالخياط والكواء والصباغ[1] .

ثانيا : أنواعه باعتبار سَنَدِه :

آ- عند الحنفية هي أربعة :

١ - استحسان سنده القياس الخفي وتقدمت أمثلته .

٢ - واستحسان سنده النص ومن أمثلته :

- نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المعدوم ورخص في السَّلم .

- نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرُّطب باليابس ورخص في العَرَايا .

- نهى رسول الله عن أن يُخضد شجر مكة وأن يُخْتلى خَلاها ورخص في الإذخر .

ففي كل مثال من هذه عدول عن الحكم الكلي إلى حكم استثنائي في جزئية ، وسند هذا المعدول هو الأثر أي النص نفسه ، وتسمية هذا استحسانا تَجَوُّزٌ ظاهر لأن الحكم في الجزئية ثابت بالنص لا بالاستحسان .

٣ - استحسان سنده العرف : ومن أمثلته عَقْدُ الاستصناع عقد على معدوم وصح استحسانا للعرف ، وهو من قبيل الاستحسان بالإجماع ، ووقف المنقول الذي لم يرد بوقفه نص لا يصح ولكن إذا تعورف صح ، ومن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث للعرف .

٤ - استحسان سنده الضَّرورة ، كالطهارة في الحياض والآبار واغتفار الغبن اليسير ، والعفو عن رشاش البول .

(١) أخذ بذلك الاجتهادَانِ الحنفي والمالكي ، وقال سيدنا علي كرم الله وجهه في ذلك (لا يُصلح الناس إلا ذاك) ا هـ الاعتصام للشاطبي .

فالحكم بهذه الطهارة والاغتفار والعفو استحسان سنده الضرورة ، ومن أمثلتهم لهذا النوع يؤخذ أنَّ مرادهم بالضرورة ما يشتمل الضروري والحاجي أي ما لا بد منه للحياة وما لا بد منه لرفع الحرج .

قال سعد الدين التفتازاني : (الاستحسان حُجَّةٌ إما بالأثر كالسَّلم والإجارة وبقاء الصوم مع الأكل ناسياً ، وإما بالإجماع كالاستصناع ، وإما بالضرورة كطهارة الحياض والآبار وإما بالقياس الخفي وأمثلته كثيرة) .

ب ـ عند المالكية :

قال المالكية أنواعه ثلاثة :

١ ـ استحسان سنده العرف ، كمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث مع أن السمك لحم والقرآن سماه لحما في قوله تعالى (وَمِنْ كُلٍّ تأكلون لحما طريا) سورة فاطر : آية ١٢ . ولكن العرف لا يسمي السمك لحما فَعَدل عن موجَب القياس للعرف .

٢ ـ استحسان سنده المصلحة ، فالأجير المشترك إذا هلك المال في يده بغير تعد ، مقتضى القياس أنه لا يضمن ، ولكن عُدِل عن هذا وحكم بضمانه للمصلحة وهي المحافظة على أموال الناس وتأمينهم .

٣ ـ استحسان سنده رفع الحرج : ولهذا يُغتفر الغبن اليسير في المعاملات ويتسامح في التافه .

مقارنة بين أنواع الاستحسان عند الحنفية والمالكية :

ومن المقارنة بين أنواع الاستحسان عند الحنفية وأنواعه عند المالكية يتبين أنهم اتَّفقوا في نوعين :

١ ـ في الاستحسان الذي سنده العُرف .

٢ ـ وفي الاستحسان الذي سنده المصلحة .

لأن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية الضرورة ، وما سماه المالكية رفع الحرج ، فالعدول عن الحكم الذي يقتضيه القياس أو عن عموم العام ، أو عن الحكم الكلي مراعاة للعرف أو للمصلحة أي جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج هو الاستحسان بالاتفاق بين القائلين به .

وقد انفرد الحنفية بَعْدُ بنوعين : الاستحسان الذي سنده قياس خفي ترجَّحَ على قياس جلي ، والاستحسان الذي سنده نص .[1] .

الفرع الثاني تفصيل أنواع الاستحسان المالكي

مرت بك تعاريف الاستحسان عند المالكية ، وهي قريب بعضها من بعض[2] . والاستحسان المالكي ، في أوسع معانيه ، جعل منه ابن العربي الأقسام التالية :

أولا ـ ترك الدليل للعرف :

وقد اطرد ذلك في الأيمان ، فمن حلف ألا يدخل مع فلان بيتا ، فدخلا معا مسجدا ، فإنه لا يحنث مع أن المسجد في الفقه يسمى بيتا ، وقد ورد ذلك في القرآن العظيم ، يقول الله تعالى ،«في بيوت أَذِنَ الله أنْ تُرْفع ويُذْكَرَ فيها اسمه[3] . . » .

ومبنى ذلك أن الناس تعارفوا عدم إطلاق لفظ البيت على المسجد ، فخرج بالعرف عند مقتضى اللفظ ، فلا يحنث الحالف إذا دخل المسجد مع فلان[4] .

وعلى هذا الاجتهاد الحنفي بناءً للأيمان على العرف[5] .

ثانيا ـ ترك الدليل للمصلحة :

مثل تضمين الأجير المشترك ، كالكوَّاء والصَّباغ ، مع أن الأُجراء مؤتمنون بالدليل . ووجه الاستحسان أنهم لو لم يُضَمَّنُوا لاستهانوا بالمحافظة على أمتعة

---

(١) مصادر التشريع ص ٧٤ ـ ٧٥ .
(٢) الاعتصام جـ ٢ ص ٣٢١ .
(٣) سورة النور ، الآية : ٣٦ .
(٤) الموافقات جـ ٤ ص ١١٧ . والاعتصام جـ ٢ ص ٣٢٣
(٥) رد المحتار جـ ٣ ص ٩٨ ـ ١٠١

الناس وأموالهم ، وفي الناس حاجة شديدة إليهم ، فكانت المصلحة في تضمينهم ليحافظوا على ما تحت أيديهم[1] .

وهذا هو الأرجح المفتى به عند الحنفية صيانةً لأموال الناس ، وقد ضربوه مثلا في استحسان الضرورة[2] .

ثالثا ـ ترك الدليل للإجماع :

ومن أمثلته ما ذكره الشاطبي من حكاية الإجماع على إيجاب الغُرْم على من قطع ذَنَبَ بغلة القاضي ، يريدون غرم قيمة الدابة لا قيمة النقص الحاصل فيها ، ووجه ذلك أنه لا يُحتاج إليها الا للركوب ، وقد امتنع ركوبه لها بسبب فحش ذلك العيب ، حتى صارت بالنسبة إلى ركوب مثله في حكم العَدَم ، فألزموا الفاعل غرم قيمة الجميع ، وهو متجه بحسب الغرض الخاص . وهذا هو الأشهر في المذهب المالكي حسبما نص عليه القاضي عبد الوهاب[3] .

وقد رأينا في الاجتهاد الحنفي هذا النظر ، إذْ يُحكم بتضمين قيمة مصراعي الباب أو زوجي الخف عند إتلاف أحد المصراعين أو أحد الزوجين[4] .

رابعا ـ ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته :

وغاية ذلك رفع المشقة وإيثار التوسعة على الخَلْق .

ومن أمثلته أنهم أَجازوا بدل الدرهم الناقص بالدرهم الوازن (أي التام) والأصل فيه المنع عملا بالحديث الثابت . ووجه الاستحسان أن التافه في حكم العدم ، والمشاحة في اليسير قد تؤدي الى الحرج والمشقة ، وهما مرفوعان عن المكلَّف[5] .

وهذا يوافق ما قرره المحققون من متأخري الحنفية عندما لحظوا أن النقص

---

(١) الموافقات جـ ٤ ص ١١٧ . والاعتصام جـ ٢ ص ٣٢٤ .

(٢) رد المحتار جـ ٥ ص ٥٤ و٥٥ .

(٣) الاعتصام جـ ٢ ص ٣٢٤ و٣٢٥ .

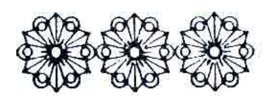
(٤) لسان الحكام بهامش معين الأحكام ص ٧٦ .

(٥) الاعتصام جـ ٢ ص ٣٢٥ و٣٢٦ .

جزئيٌّ لا يدخل تحت المعيار الشرعي فاتبعوا العمل بالعرف ومقتضيات الضرورة(١) .

ومن هذا التقسيم ، وأمثلته ، ونظائرها في الفقه الحنفي ، يتضح أن استحسان المالكية يتمثل في الاتجاه إلى تحكيم المصلحة ورفع الحرج في المسائل الجزئية للخروج عما تؤدي اليه القواعد العامة من عسر ومشقة .

وذلك هو جوهر استحسان الضَّرورة عند الحنفية .



(١) نشر العَرف : مجموعة رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١١٨ ـ ١٢٠ .

المبحث الثاني

التعارض والترجيح

بين القياس والاستحسان القياسي

للاستحسان القياسي وما يقابله من القياس تقسيمان ؛ أحدهما أُصولي ، والثاني عقلي ، يتجلى التعارض والترجيح فيهما على أَتم وجهٍ :

(١) التقسيم الأصولي

ينقسم الاستحسان القياسي وما يقابله من القياس حسب كلا الوصفين : الضَّعف والفساد ، والصحة والقوة ، إلى :

أ ـ ما قَوِيَ أثره من القياس الخفي ، ويقابله ما ضعف أثره من القياس الجلي .

ب ـ ما ظَهرت صحته وخفي فساده من القياس الخفي ، ويقابله ما ظهر فساده وخفيت صحته من القياس الجلي .

وهكذا نرى أن كلا من القياس والاستحسان يَتنوَّع إلى نوعين :

أ ـ فالقياس الجلي نوعان :

١ ـ قياس ضَعُف تأثيره بالنسبة إلى قوة أثر مقابله وهو الاستحسان .

٢ ـ وقياس ظهر فساده وضعفه واستترت صحته وأثره بسبب ما انضم إليه من معنى خفي مؤثر في الحكم فَرَجَحَ على مقابله .

ب ـ والاستحسان يَتنوَّع إلى نوعين أيضا :

١ ـ استحسان قوي أثره وإِنْ كان خَفِيّاً .

٢ ـ واستحسان ظهر تأثيره .

وقوةٌ الترجيح بين القياس والاستحسان بالأثر لا بالخفاء والظهور ، فإذا قويَ أثر القياس يرجح على الاستحسان إذا تعارض معه .

ـ فهناك حالتان :

١ ـ الحالة الأولى : يرجح النوع الأول من الاستحسان الذي قوي أثره على النوع الأول من القياس الذي ضَعُفَ تأثيره .

٢ ـ الحالة الثانية : يرجح النوع الثاني من القياس الذي قوي تأثيره على النوع الثاني من الاستحسان الذي خفي فساده[1] .

* **الأمثلة** :

آ ـ مثال الحالة الأولى :

١ ـ مسألة سؤر سباع الطير المتقدمة (انظر التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢٢٣ وابن المَلَك ص ٢٨٦) .

٢ ـ وكذلك مسألة وقف الأراضي الزراعية المتقدمة .

ب ـ ومثال الحالة الثانية :

١ ـ سجدة التلاوة الواجبة أثناء قراءة آية التلاوة في الصلاة .

فبالنسبة لحكم أدائها بالركوع بنية السجود تعارض قياس واستحسان .

فمقتضى القياس أنه يجوز أداء السجدة بالركوع في الصلاة ، ناويا به سجدة التلاوة ، ومال المحققون إلى أن يقيم ركوع الصلاة مقامها لأن الركوع والسجود يتشابهان في الخضوع فينوب الركوع مناب السجود ولهذا أُطلق الركوع على السجود في قوله تعالى (وَخَرَّ راكعا) مجازا ، فإن الخَرَّ وهو السقوط موجود في السجود دون الركوع فهذا قياس ظاهر جليٌّ .

وقضى الاستحسان بأنه لا يُجزيه إلا السجود لأنه مأمور به والركوع غيره ولذا لا ينوب أحدهما في الصلاة عن الآخر ، والمأمور به لا يتأدى بغيره ، وهذا أثر ظاهر للاستحسان .

---

(١) العيني على المنار ص ٢٨٦ .

غير أنّ قوة الأثر المرجِّحة موجودة في القياس فإنه ليس المقصود من السجدة عند التلاوة عينها ، ولذا لا تلزم بالنذر وإنما المقصود هو التواضع مخالفة للمتكبرين وهو يحصل بالركوع ولكن بطريق هو عبادة ، وهذا في الصلاة لأن الركوع فيها عبادة بخلاف سجود الصلاة لأنه مقصود بنفسه .

فصار الأثر الخفي للقياس الجلي وهو أن المقصود قد حصل بالركوع مع الفساد الظاهر وهو اعتبار نفس الشبهة وهي كونه يترتب عليه صحةُ أداء المأمور به بغيره وصحة العمل بالمَجَازِ مع إمكان العمل بالحقيقة ـ صار أَوْلى من الأثر الظاهر للاستحسان وهو أن الركوع خلاف السجود للفساد الباطن الموجود في الاستحسان وهو أنه لا يجوز الركوع عن السجود مع حصول المقصود فكان ذلك مرجِّحاً للقياس الظاهر على الاستحسان الذي هو قياس خفي .(١)

٢ ـ وهناك مثال آخر ذكره صدر الشريعة في التوضيح ، وهو أنه اذا اختلف المتعاقدان في ذراع المُسْلَم فيه ، ففي القياس يتحالفان وفي الاستحسان لا ، وذلك لأنهما اختلفا في المستَحَقّ بعقد السَّلَم فيوجب التحالف كما في البيع فهذا قياس جلي يسبق إليه الأفهام ، ثم إذا نظرنا علمنا أنهما ما اختلفا في أصل المبيع بل في وصفه لأنهما اختلفا في الذراع ، والذراع وصفه ، فالاختلاف في الوصف لا يوجب التحالف ، فهذا المعنى أخفى من الأول فيكون هذا استحسانا والأول قياسا .(٢)

---

(١) ابن الملك وشرح العيني ص ٢٨٦ ، التقرير والتحبير جـ ٣ ص ٢٢٣ ، فواتح الرحموت جـ ٢ ص ٢٢٣ .

(٢) التوضيح ص ٥٧٥ جـ ٢ .

(٢) التقسيم العقلي

وهو تقسيمان :

آ ـ فالتقسيم الأول باعتبار قوةِ الأثر وضعفه :

١ ـ استحسان قوي الأثر	ويقابله قياس قوي الأثر
٢ ـ استحسان ضعيف الأثر	ويقابله قياس ضعيف الأثر
٣ ـ استحسان قوي الأثر	ويقابله قياس ضعيف الأثر
٤ ـ استحسان ضعيف الأثر	ويقابله قياس قوي الأثر

وعند التعارض لا يرجح الاستحسان إلا في صورة واحدة وهي أن يكون القياس ضعيف الأثر والاستحسان قوي الأثر .

أَمَّا في الصور الثلاث الأخرى ـ فالقياس راجح على الاستحسان .

ـ أما إذا كان القياس قويَّ الأثر والاستحسان ضعيف الأثر فواضح .

ـ وأما إذا كانا قويين فالقياس يرجح لظهوره .

ـ وأما إذا كانا ضعيفين ؛ فإما أن يسقطا ، أو يُعمل بالقياس لظهوره[١] .

ب ـ التقسيم الثاني باعتبار صحة الظاهر والباطن وفسادهما ، فهذا الاعتبار إما أن يكون :

١ ـ كلٌّ من القياس والاستحسان صحيح الظاهر والباطن

٢ ـ كلٌّ من القياس والاستحسان فاسد الظاهر والباطن

٣ ـ كلٌّ من القياس والاستحسان صحيح الظاهر فاسد الباطن

٤ ـ كلٌّ من القياس والاستحسان فاسد الظاهر صحيح الباطن .

وفي الجميع يكون القياس جليا بمعنى سبق الأفهام إليه ، والاستحسان خفيًّا بالإضافة إليه .

ويَقع التعارضُ على ستة عشر وجهاً حاصلة من ضرب الأقسام الأربعة للقياس في الأقسام الأربعة للاستحسان .

فالقياس صحيح الظاهر والباطنِ تَرجَّحَ على جميع أقسام الاستحسان ،

---

(١) التوضيح جـ ٢ ص ٥٧٥ .

والقياس فاسد الظاهرِ والباطنِ يكون مردوداً بالنسبة للكل . فيبقى ثمانية أوجه ، حاصلة من ضرب أقسام الاستحسان في الأقسام الأخرى التي للقياس .

فالأول من الاستحسان يرجح عليها لصحته ظاهرا وباطنا . والثاني يُرَدُّ مطلقا لفساده ظاهراً وباطنا .

بقي أربعةُ أوجهٍ حاصلةٍ من ضرب أخيرَي الاستحسان في أخيرَي القياس .

١ ـ الأول تعارض الاستحسان صحيح الظاهر فاسد الباطن والقياس فاسد الظاهر صحيح الباطن .

٢ ـ والثاني تعارض الاستحسان فاسد الظاهر صحيح الباطن والقياس صحيح الظاهر فاسد الباطن .

٣ ـ والثالث تعارض استحسان صحيح الظاهر فاسد الباطن وقياس كذلك .

٤ ـ والرابع تعارض استحسان صحيح الباطن فاسد الظاهر وقياس كذلك .

وسمي اتفاق القياس والاستحسان في صحة الظاهر وفساد الباطن باتحاد النوع واختلافهما في ذلك باختلاف النوع .

وَحَكَم صدرُ الشريعة بِرجحان الاستحسان في الوجه الثاني .

مِنْ هذه الأربعة السابقة ، ورجحانِ القياس في الثلاثة الباقية[1] .

وبعد ؛ فالعبرة في الترجيح بما اقترن بالظاهر والخفي من التأثير ، لا بمجرد الظهور والخفاء .

غير أنَّ استقراء الفقهاء أَوْجب قلة الظاهر المتبادِر بالنسبة إلى الخفي المعارض له ، فلذا حصروا مواضع تقديم القياس على الاستحسان في اثنتين وعشرين مسألة ذكرها **الطحطاوي** في حاشيته على شرح مراقي الفلاح في فقه الحنفيَّة وأَوصلها العلامةُ ابن عابدين إلى اثنتين وثلاثين[2] فلْتُنظر هناك .

---

(١) التلويح شرح التوضيح جـ ٢ ص ٥٧٦ .

(٢) الطحطاوي شرح مراقي الفلاح ص ٢٦٧ .

المبحث الثالث

الفرق بين الاستحسان القياسي

وبقية أنواع الاستحسان

الفرق الأول : التَّعدية

آ ـ من الأصوليين من منعوا ذلك مطلقا لأن هذا الاستثناء للضرورة وهي تُقدر بقدرها .

ب ـ ومنهم من أجاز القياس على المستثنىَ مطلقا حتى توافرت شروطه لأن مدار القياس على وجود معنى يجمع بين المستثنىَ وغيره ، فإن وُجد جاء القياس وإن لم يوجد امتنع سواءٌ كان المستثنىَ بِنص أو بقياس ، ومن هؤلاء الإمام الغزالي وابن تيمية وابن قدامة ومثَّلوا عليه بالعرايا استُثنيت للحاجة فيقاس عليها العنب أو الرُّطب إذا تبين أنه في معناه .

جـ ـ وقرر أصوليو الحنفية أن الحكم الثابت بالاستحسان القياسي يصح أن يُعَدَّى بوساطة القياس إلى واقعةٍ أخرى لأنه معلول بالعلة الباطنة .

وأما الحكم الثابت بالاستحسان الذي سنده النص أو العرف أو الضرورة فلا يُعدَّى بوساطة القياس إلى واقعة أُخرى لأنه في هذه الحالات الثلاث غير معلول بل حُكْم معدول به عن القياس فلا يُعَدَّى بل يقتصر على مَحَلِّه .

وَفَرَّع على ذلك فقهاء الحنفية بأن الاختلاف في الثمن بين البائع والمشتري قبل قبض المبيع لا يوجب يمين البائع قياسا على سائر التصرفات لاتفاقهما على أن المبيع مِلْكُ المشتري وأنه لا يَدَّعي البائع شيئا في الظاهر ، والبائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره .

لكنه يوجب يمين البائع استحسانا كالمشتري ، لأن المشتري يَدَّعي وجوب تسليم المبيع بأقل الثمنين ، والبائع ينكره فيجب اليمين على كليهما . وهذا أي

وجوب التحالف قبل القبض حُكْمُ تَعَدَّى من البائع والمشتري إلى الوارثين لهما ، فلو مات البائع والمشتري قبل قبض المبيع واختلف ورثتهما في مقدار الثمن قبل القبض تحالفا .

كما يَتَعدَّى إلى الإجارة وجوب التحالف بين المؤجر والأجير إذا اختلفا في البدل قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادّا العقد .[1] .

وأما إذا اختلف المتبايعان بعد القبض فلم يجب يمين البائع إلا بالأثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام (إذا اختلف المتَبايعان والسِّلعةُ قائمة بعينها تحالفا وتَرادَّا) .[2]

ولأن المشتري لا يَدَّعي على البائع شيئا إذْ المبيع مُسلَّم إليه فلم يصح تعديته إلى الوارثين وإلى الاجارة ، لأن ثبوت التحالف كان بالأثر على خلاف القياس عند الشيخين فيقتصر على مَوْرد النص وهو ما يُطلِق عليه الأُصوليون (غير معقول المعنى) .[3]

الفرق الثاني : صحة إطلاق الاسم :

أَجمع الأُصوليون على صحة إطلاق اسم الاستحسان على القياس الخفي ، وتنازعوا في الباقي ، غير أن جمهور الحنفية يجيزون إطلاق اسم الاستحسان على جميع أنواع الاستحسان سواءٌ كان بالأثر أو الإجماع أو الضرورة أو العُرف أو المصلحة المرسلة ، وإن كان الأغلب إطلاقُه على القياس الخفي فحسب دون مُشَاحَّة في هذا الإطلاق بينهم[4] .

وقد عبَّر البزدوي عن هذه الأغلبية والتلازم بقوله :

(وإنما الاستحسان عندنا أحد القياسين لكنه يُسمى به إشارة إلى أنه الوجه الأول في العمل وأنَّ العمل بالآخر جائز) .

---

(١) التوضيح والتلويح جـ ٢ ص ٥٧٨ .

(٢) أخرجه مالك وأحمد الترمذي وابن ماجه والطبراني في الكبير ، والحديث من رواية عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه ا هـ تلخيص الحبير ص ١٥١ ـ ١٥٢ جـ ٩ .

(٣) ابن المَلَك وشرح العيني ص ٢٨٧ .

(٤) التلويح جـ ٢ ص ٥٧٣ و٥٧١ ، كشف الأسرار ص ٥٧٩ ، ٥٧٨ .

المبحث الرابع

قواعد الاستحسان الضروري

تمهيد :

من المعلوم أن المصالح تنقسم إلى ثلاث مراتب :

آ ـ ضروريات : وهي ما لا يمكن الاستغناء عنها في قيام المجتمع الإنساني ، وترجع إلى المحافظة على الضرورات الخمس التي اتفقت عليها الشرائع السماوية كلها وهي :

(حفظ الدِّين ، والنفس ، والعقل ، والنَّسل ، والمال)

ب ـ وحاجيات : وهي ما تدعو الحاجة إليها ، ولكن يمكن الاستغناء عنها بشيء من المشقة ، وهي بهذا المضمار ترجع إلى كل ما يرفع عن الناس الحرج ويخفف عنهم مشاق التكليف .

جـ ـ وتحسينيات : وهي مالا يرجع إلى ضرورة ولا الى حاجة ولكن تقع موقع التحسين والتزيين والتيسير لرعاية أحسن المناهج في العبادات والمعاملات وهي بهذا المعنى ترجع إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وكل ما يقصد به سير الناس في حياتهم على أحسن منهاج .

آ ـ قواعد الاستحسان الضروري :

١ ـ القاعدة الأولى : أن الحاجيات كالتتمة للضروريات ، وكذلك التحسينيات كالتكملة للحاجيات ، وأن الضروريات هي أصل المصالح .

٢ ـ القاعدة الثانية : وإذا كان الضروري قد يختل باختلال مكملاته كانت المحافظة عليها لأجله مطلوبة ، وأنه إذا كانت زينة لا يظهر حسنه إلا بها كان من الأحق أن لا يخل بها .

٣ ـ القاعدة الثالثة : ثم إن لكل تكملة من حيث هي تكملة شرطا وهو أن لا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال ، وذلك أن كل تكملة يقضي اعتبارها إلى رفض أصلها فلا يصح اشتراطها .

٤ ـ القاعدة الرابعة : ولا يراعى حكم تحسيني إذا كان في مُراعاته إخلالٌ بحكم ضروري أو حاجي ، لأن المكمِّل لا يُراعى إذا كان في مراعاته إخلال بما هو مكمِّل له ، ولذا أُبيح كشف العورة إذا اقتضى العلاج ذلك أو نحوه ، لأنَّ ستر العورة تحسيني والعلاج ضروري .

ب ـ قواعد دفع الضرر ورفع الحرج :

وهناك قواعد خاصة ؛ منها ما هو خاص بدفع الضرر ، ومنها ما هو خاص برفع الحرج ، وتفرع عن كل من ذلك عدة فروع واستُنبطت جملة أحكام .

أولا : قواعد دفع الضرر :

ومن أبرز تلك القواعد الخاصة بدفع الضرر القواعد التالية :

١ ـ الضررُ يزال شرعا :

ومن فروع هذه القاعدة إيجاب أخذ العلاجات الواقية من الأمراض المُعدية في حالة ظهور وباء .

٢ ـ الضرر لا يُزال بالضرر : ومن فروعها أنه لا يجوز للإنسان أن يدفع الغَرَق عن أرضه بإغراق أرض غيره .

٣ ـ يُتَحَمَّل الضرر الخاص لدفع الضرر العام : ومن فروعها تسعير أَثمان الأشياء إذا غلَّا أربابُها في أثمانها .

٤ ـ يُرتكب أخف الضررين لاتقاء أشدهما : ومن فروعها تطليق الزوجة للضرر والإعسار .

٥ ـ دفع المضار مُقَدَّم على جلب المنافع : ومن فروعها منع المالك من التصرف في مِلكه تصرفا يُضر بغيره .

الفصل الثاني

محل الاستحسان

مَحَل الاستحسان

الواقعة التي ما دل على حكمها نص ولا انعقد على حكمها إجماع هي مَجَال الاجتهاد بالرأي ومنه الاستحسان ، وهي في كل زمن وفي أي بيئة مجال للاجتهاد من أهله ولا يمنع اجتهاد فيها سابق من اجتهاد لاحق .

والمستحسِن هو المجتهد المستكمِل لشروط الاجتهاد فلا يجوز إلا منه ، لكيلا يستحسن في موضع قد نُصَّ عليه فيه ، فكان بين العالِم والجاهل فرق مؤثِّر في الاستحسان[1] . وشروطه معروفة في كتب الأصول .

(١) مصادر التشريع ص ٩ ـ ١٠ والشافعي للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٩٠ .

الفصل الثالث

تطبيقات فقهية

على الاستحسان

تطبيقات فقهية على الاستحسان

١ - المسألة الأولى :

من المقرَّر في فقه الحنفية أن المرهون مضمون على الدائن المرتهن بما يعادل الدَّين ، فإذا هلك في يده وكانت قيمته مساوية للدَّيْن سقط الدَّين حتى إنَّ المرتهن لو كان قد استوفى الدَّين قبل هلاك المرهون يَرُدُّ ما استوفاه .

وعلى هذا لو أبرأ الدائنُ المرتهِنُ ذمةَ المَدين عن دَيْنه ثم هلك المرهون قبل إعادته ، فإن مقتضى القياس الظاهر أن يضمن المرتهن للراهن قيمته قياسا لحالة الإبراء على حالة الاستيفاء إذْ يبقى المرهون مضمونا بعد استيفاء الدَّين حتى يُعاد .

ولكن الاستحسان القياسي عدم ضمان المرهون بعد الإبراء عن الدَّين ، واعتبار المرتهن بعد إبرائه للمدين كالفاسخ للرهن ، لأن الدائنَ المرتهِن يستقل بفسخ الدَّين ، إذْ هو توثيق لحقِّه ، وإذا فسخه انقلب المرهون أمانة في يده ، فلا يَضمن هلاكه عندئذ إلا بالتعدي عليه أو التقصير في حفظه .[1]

٢ - المسألة الثانية :

من القواعد المقرَّرة فقها أنَّ مَنْ دفع من ماله شيئا عن غيره بلا أَمْره في أداء نفقةٍ أو غير ذلك فإنه يُعتبر متبرعا فيما بعد عن غيره سواءُ أَقَصَد التبرع أم لا ، وليس له الرجوع على المدفوع عنه إلا أن يكون الدافع مضطرا إلى الدفع كما لو كان مال الإنسان مرهونا بإذنه في دَيْنٍ على غيره والمَدينُ لا يَفُكه . فإن للمالك أن يفك الرهن عن ماله بأن يدفع دَيْن المَدين ويرجع عليه ولا يعتبر متبرعا لاضطراره إلى تخليص ماله[2] ، وعلى هذا إذا سلَّم أحد إلى غيره مالاً وأَمَره أن يشتري له به شيئا أو يقضي عنه دَيْنه أو ينفق له منه على عياله أو نحو ذلك فأمسك المأمور عنده ما سُلِّم إليه واشترى أو قضى أو أنفق من مال نفسه فيما أمره الدافع بقصد أن

---

(١) رد المحتار جـ ٣٣٥/٥ و٣٣٨ .

(٢) رد المحتار جـ ٣٣١/٥ .

يستوفي بعد ذلك مما دفعه إليه ، فَمقتضى القياس الظاهر أن يعتبر المأمور متبرعا بالدفع وَرَدَّ الى الآمر ما أخذ منه .

ولكن الحنفية استحسنوا أن لا يعتبر متبرعا تيسيرا للمعونات ورفعا للحرج في سبيلها ، وذلك استحسانُ الضرورة فيجري التقاصُّ بين ما دفع من ماله وبين ما في يده من مال الآمر .[1] .

٣ ـ المسألة الثالثة :

أن الأموال الكيلية أو الوزنية تُعَدُّ شرعا من الأموال الربوية التي يجري فيها ربا الفضل ، أي لا يجوز إقراض شيء منها واستيفاء أكثر منه وكذا لا يجوز بيع بعضها بمقدار من جنسه أكثر منه .

ولكن فقهاء الحنفية حكموا بجواز استقراض الخبز عددا بين الجيران وإن تفارق بالوزن ـ استحسانا على خلاف القياس للضرورة وحاجة الناس مع انتفاء فكرة الربا والاسترباح هنا لأن هذا التفاوت من التوافه المُهْدَرة عرفا[2] .

٤ ـ المسألة الرابعة :

ورد في الحديث الشريف الثابت[3] (أن النبي عليه الصلاة والسلام نَهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده) وهي قضية بيع المعدوم كما نهى عن بيع الغَرَرِ .

لكن فقهاء الحنفية رضوان الله عليهم خصَّصوا هذين الحديثين ، فجوَّزوا بيع المواسم الثمرية في الكروم وسائر الأشجار ذات الثمار المتلاحقة وهي التي كلما قُطفت عادت ، متى ظهر بعض الثمار فقط وبدا صلاحها ، وذلك لأن المصلحة تقضي بتجويز هذا البيع لحاجة الناس إليه وذلك من قبيل الاستحسان .[4]

٥ ـ المسألة الخامسة :

قرر فقهاء الحنفية قبول شهادة النساء وحدَهنَّ فيما لا يَطَّلع عليه إلا النساء

---

(١) رد المحتار جـ ٤/ ص ٤١٥ .

(٢) رد المحتار جـ ٤ /١٧٢ و١٨٧ .

(٣) أخرجه مالك بلاغاً في الموطأ والطبراني في معجمه عن محمد بن سيرين عن حكيم ابن حزام ا هـ نصب الراية جـ ٤ / ص ١٩ ـ ٢٠ .

(٤) ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٠ .

فقط من شؤونهن ، وخصصوا بذلك نصوص القرآن والسنّة المشترِطة في الشهادة عنصر الذكورة بأن يكون الإثبات رجالا فقط أو رجالا ونساء فقط .

وهذا التخصيص بمقتضى المصلحة إذْ بدونه تضيع هذه الحقوق وهو استحسان .[1] .

٦ ـ المسألة السادسة :

من المقرَّر فقها أن المرء مؤاخَذ بإقراره في حق نفسه لا في حق غيره ، فلو أقرَّ مثلا أنه وأخاه مَدينان بمبلغ يُلْزَم هو بما يصيبه منه ولا يُلزم أخوه إن أنكر ، وعلى هذا لو ادَّعى شخص أنه وكيلٌ عن دائن غائب يقبض دَيْنه فأقر المدين بوكالته يؤمر بدفع الدين إليه عملا بإقراره .

ولهذا ، إذا أَودع أحد شيئا عند آخر وغاب ، فادَّعى شخص أنه وكيل الغائب في قبض وديعته فأقر الوديع له بالوكالة ، فإنَّ مقتضى القياس الظاهر على مسألة قبض الدين أن يُلْزَم الوديع بتسليم الوديعة إليه .

لكنّ الاستحسان عدم إلزام الوديع بتسليم الوديعة إليه ولو كان الوديع مُقِرًّا بوكالته لاحتمال أن يَحْضر صاحبُ الوديعة فيُنْكر التوكيلَ وتكون وديعتهُ قد ذهبت وربما لا يمكن استردادها ، وإنَّ حقه متعلق بعينها ، بخلاف صورة الدَّيْن فإن حق الدائن متعلِّق بذمة المدين لا بِعين المبلغ الذي يدفعه هذا المَدين إلى زاعم الوكالة بالقبض ، فإذا حضر الدائن فأنكر الوكالةَ يُتَبيَّن أن الدفع السابق لم يكن قضاء صحيحا للدَّين لعدم ثبوت وكالة القابض فيكون حق الدائن باقيا على حاله في ذمة المَدين ، ويُكَلَّف بالدفع ثانيةً إلى الدائن ، وله حق الرجوع على القابض ليسترد ما دفعه إليه .[2]

٧ ـ المسألة السابعة :

ومن المسائل الاستحسانية المسألة المشتركة في علم الفرائض وهي أنْ تموت امرأة عن زوج وأم وأخوين لأم وأخوين شقيقين .

---

(١) المرجع السابق جـ ٣ .

(٢) رد المحتار جـ ٤ /٤١٣ - ٤١٤ .

فالزوج والأم والإخوة لأم هم من أصحاب الفروض الإرثية المحدودة ، أمَّا الإخوة الأشقاء فهم من العصبات ، والقاعدةُ في الميراث أنَّ العصبات إنما يأخذون ما يزيد عن أصحاب الفروض .

فمقتضى القياس هنا هو أن يرث الإخوة لأم ولا يرث الأشقاء لأن الفريضة الإرثية للزوج هنا نصف التركة ، وللأم السدس وللإخوة لأم الثلث فلا يبقى شيء للإخوة الأشقاء وهذا يؤدي بنا إلى مشكلة غريبة حيث يرث الأخ لأم ويُحْرم الشقيق ، وإلى هذا ذهب بعض الصحابة وعليه الاجتهادانِ الحنفيُّ والحنبليُّ ، ولكن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه وفريقا من الصحابة ذهبوا إلى اشتراك الأشقاء مع الإخوة لأم في نصيبهم بالثلث استحسانا باعتبار أن الجميع أولاد أم واحدة ، فالأشقاء يشاركونهم في السبب من جهة الأم وإلى هذا ذهب الاجتهادانً المالكيُّ والشافعيُّ .

٨ ـ المسألة الثامنة :

وَرَدَ في السنّة أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الشهادة فقال للسائل : (هل تَرى الشمس ؟ قال : نعم ، فقال على مثلها فاشهد أَوْدَعْ)(١) .

وهذا بظاهره يوجب العَيان في تحمل الشهادة في جميع الشؤون ، ويحظر على المسلم أن يشهد أمام القضاء بأمر لم يشاهده وإنما سمعه من غيره .

وقد قرر الفقهاء بناءً على هذا عدم قبول شهادة التسامع في إثبات الحقوق .

لكن فقهاء الحنفية رأوا أن هنالك موضوعات تقتضي المصلحةُ فيها قبول شهادة التسامع لأن اشتراط العيان فيها متعذر أو غير متيسر ، فَيُضَيِّعُ هذا الاشتراط حقوقا مهمَّةً لا يسوِّغ الشرع التفريط بها .

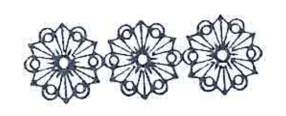
فقرروا قبولَ شهادة التسامع في أمور عديدة منها ، ثبات أصل الوقف ، أي إثبات أن هذا العَقار موقوف وليس مِلْكاً لصاحب اليد عند الاختلاف في وقفيته وملكيته .

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه والحاكم وصححه وضعفه الذهبي ج/ك مائي ا هـ نصب الراية .

وقد عَلَّلوا ذلك بأن المصلحة تقضي بقبول شهادة التسامع هنا استحسانا على خلاف القياس للضرورة ، وذلك صيانةً للأوقاف القديمة عن الضَّياع ، لأن الوقف إذا تقادم ولم تكن عقاراته مُسَجَّلة في سجل المحكمة أو فُقد سجلها لايبقى ممكناً إثبات وقفيتها لإنقراض الشهود الذين شهدوا على عبارة الواقف حينما وقف الوقف ، فيتجرأ كلُّ إنسان على غصْبِ لأوقاف القديمة وادّعاء مِلكيتها دون إمكان إثبات وقفيتها إذا اشترطنا العَيان ، فلذا تُقْبل شهادة التسامع في هذا الإثبات استحسانا على خلاف القياس .

ومما قَبِل فيه أيضا فقهاءُ الحنفية شهادةَ التسامع : إثباتُ النَّسَبِ والوفاة ، والدخول بالزوجة ، إلى عشرة مواضع مُبَيَّنة في كتبهم .[1]



(١) ابن عابدين جـ ٤ /٣٧٥ .

الباب الرابع

ثمرات الاستحسان

الفصل الأول

إمكان إيجاد حلول جديدة

على ضوء الاستحسان

القياسي والاستحسان الضروري

إمكان إيجاد حلول جديدة على ضَوْءِ الاستحسان

لا شك أن الوقائع غير متناهية والنصوص متناهية ، وكل يوم يَحْدث من الأمور الجديدة ما لا يخطر على بال إنسان ، وإذا كان فقهاؤنا السابقون رحمهم الله وجزاهم خير الجزاء قد أقاموا لنا صرحا شامخا من الفقه العظيم ، وكان من جملة ما ساعدهم على ذلك نظرية الاستحسان القياسي فإننا نجد أنفسنا اليوم أمام حوادث توجب علينا أنْ نرجع إلى الاستحسان القياسي فنعمل به في سبيل حَلّ صحيح منطقي لتلك الحوادث التي لم تكن في زمن الفقهاء السابقين والنوازل التي لم يعرفوها من قبل .

وكثيراً ما يُؤدي غلوُّ القياس الجلي إلى عقبات كأْداء لا يحطمها إلا معول الاستحسان القياسي الذي يضمن لنا النتائج الحكيمة المنطقية التي تُبْنى عليها الأحكام الفقهية التفصيلية في النوازل الجديدة .

هذا ، وإن هذه النوازل التي ذكرتها تتطلب إلى جانب الاستحسان القياسي أحيانا الاستحسان الضروري ، لأنها تكون مما سكت عنه الشارع ولم يتعرض له أو كان متروكا للمصلحة إذْ قرر الفقهاء (حيثُما وُجِدَت المصلحة فَثَمَّ شَرْعُ الله) .

ولذلك ينبغي على فقهاء العصر استخدام الاستحسان بنوعيه ، القياس الضروري في سبيل إيجاد حلول فقهية لتلك النوازل التي منها :

الضرائب ، والتسعير ، وضرب الإبرة للصائم ، وعَقدُ التأمين والبيع بالتقسيط .. الخ . (ولو رَدُّوه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لَعَلِمه الذين يَستنبطونه منهم) النساء/٨٢

الفصل الثاني

مرونة الفقه الإسلامي

بالاستحسان

مرونة الفقه الاسلامي بالاستحسان

الاستحسان مصدر تشريعي بنى عليه جمهور المجتهدين اجتهادهم في كثير من الوقائع وعلى رأسهم أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه وتَوَصَّلوا به إلى أحكام عدة في وقائع ليس فيها نص تشريعي .

ومن عَرَف حقيقة ما أرادوه بالاستحسان واستقرأ الأحكام التي استنبطوها به يتبين أنَّ هذا المصدر مصدر التوسعة في التشريع ، وأنه المصدر الذي يُتَلافى به ما يحتمل أن يؤدي إليه بعض الأقيسة من تفويت لبعض المصالح ، وأنه المصدر الذي يحقق به المجتهد ما يطمئن إليه قلبه وينقدح في عقله من مصالح قد لا تتفق وما يقتضيه القياس أو ما يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة .

وذلك أن بعض الوقائع قد يقتضي فيها القياسُ الظاهرُ المُتَبادِر حُكْما ولكن يستقر في نفس المجتهد بناءً على أدلة قامت عنده أنّ هذا الحكم لا يتفق والمصلحةَ في هذه الواقعة ، وأنَّ الذي يتفق والمصلحة فيها حكم آخر يقتضيه قياس خفي غير مُتبادر ، فيحكم في الواقعة بما يتفق والمصلحة بناء على هذا القياس الخفي ويعدل عن مقتضى القياس الظاهر ويُسمي حكمه هذا حُكْما بالاستحسان .

وكذلك بعض الوقائع قد يؤدي تطبيق القواعد التشريعية العامة عليها إلى تفويت مصلحة أو يؤدي إلى ضرر أو حرج فيستقر في نفس المجتهد بناءً على ما قام عنده من الأدلة أن يستثني هذه الواقعة ، وأن لا يطبق عليها القاعدة العامة ويحكم عليها بحكم آخر يتفق والمصلحة ، ويَصْدُر في حكمه هذا عن الاستحسان .

ومن هذا يتبين أن الاستحسان هو عدولٌ عن قياس ظاهر إلى قياسٍ غير ظاهر ، أو استثناء جزئيةٍ من تطبيق قاعدة كلية عليها لمصلحة اقتضت هذا العدولَ أو الاستثناءَ ودليلُ هذا العدول أو الاستثناء هو وجه الاستحسان .

ويتبين أن هذا المصدر من أظهر الأدلة على أن الشارع تَوَخّى بالتشريع تحقيق مصالح الناس بكل وسيلة ممكنة لأنه فتح باب للعدول عن مقتضى الأقيسة الظاهرة أو القواعد الكلية في بعض الوقائع تحريا للمصلحة ، ودل بهذا على أنه لا ينبغي أن تقف أيةُ عقبة في تشريع ما تقتضيه المصلحة التي تعتبر المَقْصد الأول للتشريع في الفقه الإسلامي[1] .

وبعد ، فالاستحسان وإنْ لم يكن دليلا مستقلا كما قدمنا إلا أنه يكشف لنا عن طريقة بعض الأئمة في تطبيق أدلة الشريعة وقواعدها عندما تصطدم بواقع الناس في بعض جزئياتها . فهو نافذة يطُل منها الفقيه على واقع الناس فيرفع عنهم الحرج ويدفع الضرر ويحقق لهم المنافع بتطبيق مبادىء الشريعة وأصولها .

وهو من أقوى الأدلة على أن الفقه الإسلامي فقه واقعي بِقَدْر ما تحمل هذه الكلمة من مَعَانٍ صالحة ، وليس فقها مثاليا خاليا كما يَزْعم أعداؤه الذين يَسْرحون بعقولهم في عالَم الخيال جهلا منهم بحقيقته أو حقدا عليه وتنفيرا للناس منه ، ولو أحسن فقهاء عصرنا ـ وبخاصة الذين يُعهد إليهم بوضع مشروعات القوانين ـ استعماله لوجدوا فيه علاجا لكثير من المشاكل التي يلجَؤون في حلها إلى البحث عن الأقوال الشاذة في بعض المذاهب .

---

(١) يقول الإمام الشاطبي ما معناه :
(إذا اقتضى القياس أمرا وكان ذلك الأمر يؤدي إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة فعلى المجتهد أن يعدل عن القياس إلى ما يحقق المصلحة لأن مقصود الشارع من التشريع تحقيق مصالح الناس ، وتقريبا للمراد من الاستحسان يُعرَّف بأنه (ترجيح ما تقضي به المصلحة في بعض الوقائع التي لا نص فيها على ما يقضي به القياس أو تطبيق قواعد الفقه العامة) ، فهو العمل بما تقتضيه المصالح عدولا عن قياس ظاهر أو قاعدة فقهية) انظر مصادر التشريع ص ١٧١ ، ١٧٢ .

الفصل الثالث

الاجتهاد الاستحساني

مغزاه

والتشريع الإصلاحي

الاجتهاد الاستحساني والتشريع الاصلاحي

يتجلَّى حُسْن الاستحسان عندما يهذِّب المجتهد غُلُوَّ القياس ، أو ما يؤدي إليه تطبيق القواعد الفقهية العامة في بعض المسائل ، فيحقق بذلك المصلحة ويقيم العدل . على حين ينعدم التيسير ويسيطر الجور لو جمد الفقيه ، فاطرد القياس واستمر العموم .

هذا محمد بن الحسن ، رحمه الله ، يحكى عنه أن بعض تلامذته توفي ، فباع محمد كتبه لتجهيزه فقيل له : إنه لم يوص ، فتلا قوله تعالى :«والله يعلم المفسد من المصلح» . وبهذا النظر الدقيق أصاب وأجاد[1] .

ومن رأى شاة غيره أشرفت على الهلاك فذبحها حفظا لماليتها عليه حتى لا تذهب ضياعاً ، فإن القياس يوجب عليه الضمان ، وفي الاستحسان لا يضمن ، لأنه مأذون في الذبح دلالة . قال ابن القيم :

«مِنْ جامدي الفقهاء من يمنع من ذلك ، ويقول : هذا تصرف في مِلك الغير . ولم يعلم هذا اليابس أن التصرف في ملك الغير إنما حرمه الله لما فيه من الإضرار به ، وتركُ التصرف ههنا هو الإضرار»[2]

وعلى هذا الأساس كان الاستحسان من المصادر المرنة التي تجعل التشريع مستجيبا دائما للمصالح المتطورة ، والحاجات المتجددة .

ونسوق إليك أمثلة للتشريع الإسلامي في مشكلاتنا الاجتماعية التي نحياها ونرى أنها تدور في فلك قاعدة الاستحسان ، واخترنا أنْ تكون من قسمين : أولهما يتضمن تشريعين قائمين . والثاني يعالج أحكاما ضج منها المصلحون ، والقضاة ، والمتقاضون .

---

(١) رد المحتار جـ ٥ ص ١٧٤

(٢) لسان الحُكَّام ص ٧٤ . وأعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٨ طبع فرج الله الكردي .

المبحث الأول

من أمثلة التشريع الاستحساني

١ - توجيه أعمال الهدم والبناء

في القانون الوضعي ، روعي تشديد العقوبة بالنسبة إلى أعمال الهدم ، لما يترتب عليها من إضرار من ناحية حرمان الانتفاع باستعمال المبنى ، علاوة على تبديد الثروة .

وإذا التمسنا أحكام الفقه الإسلامي في هذا الموضوع شهدنا ببراعة علمائنا وتراثهم الخصيب ، فقد قرروا أن من له دار في محلة عامرة فأراد أن يهدمها ، فإن ذلك ليس له بل يُمنع منه استحسانا . ولا مجال هنا لأعمال القياس الذي يعطيه حق التصرف في ملكه . ورجحوا ، رحمهم الله الاستحسان ، بعلامة الفتوى[1] .

وبذلك يستبين أن لب هذا القانون الإصلاحي هو الاجتهاد الاستحساني الذي أرسى قواعده فقهاء الشريعة منذ عصورهم الأولى ، فجاؤوا بالرأي الرشيد ، والحكم السديد .

٢ - المسألة المشتركة

إذا توفيت امرأة ، عن : زوج ، وأم ، وإخوة لأم ، وإخوة أشقاء : فإنَّ القواعد العامة تفرض النصف للزوج والسدس للأم والثلث لأولاد الأم طبقا لآيات المواريث . ويترتب على ذلك حرمان الأشقاء لأنهم عَصَبةٌ ، ولا يستحق العصبة شيئا متى استغْرقت الفروضُ التركة .

---

(١) جامع الفصولين : ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الأولى الأزهرية سنة ١٣٠٠ هـ . والمذكرة الإيضاحية للقانون المذكور .

وهذا قول جَمْعٍ من الصحابة والتابعين والمجتهدين ، منهم : علي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وعُمَر في رأيه الأول ، رضي الله عنهم ، والشعبي ، والعنبري ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وأبو ثور ، وابن المنذر .

والنظر الاستحساني يلحظ أن الإخوة الأشقاء يساوون الإخوة لأم في القرابة التي يرثون بها من جهة أمهم جميعا ، فيجب أن يساووهم في الميراث . . وقرابة الأشقاء من جهة الأب إن لم تزدهم قربا واستحقاقا للإرث فلا ينبغي أن يَسْقُط حقهم الثابت بالأمومة المتحدة ، ولهذا يتعين أن يكون المفروض لأولاد الأم ، وهو الثلث ، مشتركا بين الأشقاء وأولاد الأم .

وهذا الاستحسان هو الرأي الثاني لعمر ، وبه قال عثمان ، وزيد بن ثابت . واتَّبعه مالك ، والشافعي ، وإسحق رضي الله عنهم . ولا جدال في أنه أقوى وأعدل ويوافق مقاصد الشريعة ، ويرفع الحرج الذي أدى إليه تطبيق القواعد العامة ، وأُخذ به في قانون الأحوال الشخصية المرقوم ٥٩ الصادر بالقطر السوري في ١٧ سبتمبر ١٩٥٣)[1]

---

(١) المغني والشرح الكبير جـ ٧ ص ٢١ - ٢٤ - و٦٤ - ٦٦ ورد المحتار جـ ٥ ص ٦٨٨ .

المبحث الثاني

الاستحسان وبعض مشكلات الأسرة

١ ـ تطبيب الزوجة

في أحكام النفقات يقيس بعضُ الفقهاء الزوجة على الدار المستأجَرة ، ويقولون : إن الزوج لا يُلْزَم بعلاج زوجته المريضة ، فلا يجب عليه أجر الطبيب ، ولا ثمن الأدوية ، ولا أي شيء من أنواع التطبيب ، لأن كل ذلك يُقصد به إِصلاح جسمها ، كما أن مستأجِر المسكن استحق المنفعة وحدها فلا يُلزم ببناء ما يقع من الدار ولا بالمحافظة على أُصولها !

وقد نحاول أن نلقي حجاب التجاهل على هذا القياس المسطور فَنَتَشَبَّث بأن الطب نتائجه ظنية ، ولا يلزم به الشخص في خاصة نفسه ، فكيف نُوجِبه عليه لغيره ؟

كل ذلك عملا بالفقه الحنفي الذي يوافق فقه بقية المذاهب الأربعة وجمهور المجتهدين . وعجيب في القياس أن ننظر إلى علاقة المُسْتَأجِرِ والجدار ، ورابطة الزوجية القائمة على المَوَدّة والرحمة والاستقرار ، ونحكم بأن الزوجة إذا مرضت تُركت فريسةً للداء ، أو عالةً على أهلها إنْ وُجدوا ، مع أنها قَدَّمت رعاية الزوج وأولاده ، ومصالحه الجمة فلا أقلَّ من أن يَرُدَّ إليها بعضَ المعروف بما أسلفتْ في أيام صحتها ،«وهل جزاءُ الإحسان إلا الإحسان» .

وقد مر الزمن فتقدم الطب ، واعتنت به الدول ، ويسرته حتى أَلْزمتْ بعلاج الحيوان ، وصار التداوي ضروريا بمنزلة المأكل والكسوة ، وتعارفه الجميع ، ومن أهمله سقط من أعين الناس ، وأصبح نفعه يقينياً أو قريبا من اليقين .

والمأثور عن رسول الله ، عليه الصلاة والسلام ، أنه تَدَاوَى من مرضه وجروحه ، وأَمر بذلك أهله وأصحابه ، كما أَمَر سعدا بالذهاب إلى الطبيب وبعث طبيبا إلى أُبيّ بن كعب ، وقال «تَدَاوَوْا» . (لكلِّ داءٍ دواءٌ» واحتجم وأعطى أبا طَيبة أُجرة الحِجامة .

فإذا نظرنا إلى أن التطبيب يراد به إحياء المُهَجِ والمحافظة على الحياة وجدناه أشبه ما يكون بالطعام وما إليه ، فنستحسن وجوبه على الزوج كسائر ما يلزمه من نفقات .

ولا يقال : إن في فرض التطبيب إرهاقا ، لأنه مقيَّد بما تسمح به حال الزوج ، وهو أَلْزم من الخادم التي وجبت لزيادة الزينة والتنعم ، وتفرضها المحاكم حسب حال المُنْفق(1) .

٢ ـ تنفيذ أحكام المتابعة الزوجية (الطاعة)

الباحث في فقه الشريعة يجد أنها تضمنت أن الزوجة لا تجبر على القَرَارِ من مسكن الزوج ، بل يُكْتفى بسقوط نَفَقتها مقابل نشوزها ، وان علماءنا قرروا ذلك منذ قرون ، وقالوا إنه حكم الاستحسان .

هذا وفقه مالك فيه ستة أقوال في سقوط نفقة الزوجة التي خرجت من بيت زوجها بغير إذنه : ومنها أن لها النفقة عند مالك وابن القاسم وسحنون ، ومنها أن البغداديين من المالكية يُسقطون نفقتها وهنا يقول الشيخ أبو عمران :

«أستحسن في هذا الزمان أن يقال لها ، إمّا أن ترجعي إلى بيتك أو تحاكمي زوجك وتنصفيه ، وإلا فلا نفقةَ لكِ ، لتعذر الأحكام والإنصاف في هذا الوقت ، فيكون قول البغداديين حَسَنا في هذا الأمر(2)» .

(1) الروضة الندية شرح الدرر البهية لصديق خان جـ ٢ ص ٧٨ و٧٩ الطبعة المنيرية ، والبحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٢ . والمنتزع المختار جـ ٢ ص ٥٣٤ ، ونيل الأوطار جـ ٩ ص ٩٤ . والدر المنتقى جـ ١ ص ٤٨٨ . والفواكه الدواني جـ ٢ ص ٢٢٣ . والمغني والشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٤٥ . ومغني المحتاج جـ ٣ ص ٤٣١ . وتيسير الوصول جـ ٣ ص ١٢٩ و١٣٠ . وفتوى المرحوم الأستاذ عبد المجيد سليم بمجلة المحاماة الشرعية ش ٦ ص ٤٨١ . وم ـ ٧١ . ق الأحوال الشخصية السوري .

(2) الحطاب مع التاج والإكليل جـ ٤ ص ١٨٧ و١٨٨ .

والاستحسان الوارد في هذا النص ينتج الاكتفاء بسقوط نفقة الزوجة عند نشوزها ، وأنه لا إجبار على المتابعة ، بناءً على ضرورات التطور الزمني ، وعدم الثقة في الإنصاف الذي يجب أن يكون متوافرا من جانب الزوجة نفسها ، وفي جميع الأحوال ، كما لوحظ فيه مصلحة الزوج حيث لا يحقق له الإكراه طاعة كاملة بينما تترتب عليها نفقتها كاملة غير منقوصة .

ولا شبهة في أن الاستحسان المالكي هو الذي يقصده في عبارته الشيخ أبو عمران الفقيه المالكي ، ويؤكد ذلك أن معنى الاستحسان ، في أكثر الأحوال عند مالك ، هو الالتفات الى المصلحة والعدل[1]

ولا جدال في أن منهج الإكراه البدني لم يَرِد به كتاب ولا سُنّة ، وهو إذلال للزوجة ، وإهدار لكرامتها وكرامة أهلها ، ويرى كل أبيٍّ أن دونه خرطَ القتاد ، ويقيننا أن القائل باستمرار هذا الأسلوب لا يرتضيه لبنته أو أخته ، أو غيرهما من قريباته ، وكأنه يعيش في غير أيامنا .

٣ - الحبس في النفقات

كثر المطالبون اليوم بإلغاء الحبس في النفقات ، وليست هذه الصيحة بنت اليوم ، فمن زوايا التاريخ البعيد سجل أعلامُ الفقه على الرجال آراءَهم ونظرتهم إلى النساء اللاتي يحبسن أزواجهن . ومن كلام الشيخ ابن تيمية الذي ردده تلميذه ابن القيم :

«ومن حين سُلِّط النساء على المطالبة بالصدقات المؤخرة وحبس الأزواج عليها ، حدث من الشر والفساد ما الله به عليم . وصارت المرأة إذا أحَسَّت من زوجها بصيانتها في البيت ، ومنعها من البروز والخروج من منزله والذهاب حيث شاءت ، تدّعي بصداقها ، وتحبس الزوج عليه ، وتنطلق حيث شاءت ، فيبيت الزوج ويظل يَتَلوَّى في الحبس ، وتبيت المرأة فيما تبيت فيه[2]» .

ومن البدهي أن يتجه الاعتراض على دَيْن المهر وأمثاله ، أما النفقات فهي أَجَلُّ .

---

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٥٤ .

(٢) انظر الطُرق الحكمية ص ٦١ - ٦٥ .

والمقصود للشارع من دعاوى الحبس في النفقات ، هو التغلب على تعنت رب الأسرة القادر على الأداء ، وحماية بقية الأسرة من موارد الهلاك ، عندما يمعن الرجل في تجويع أولاده الصغار ، أو والديه العاجزين ، أو زوجته المحبوسة على رعاية مصالحه .

وبالتنفيذ على هذا الوجه يتحقق الإذعان لكلمة القضاء فيما تقوم به الحياة ، إذْ لا فائدة من رفع دعاوى النفقات ، وإِضاعة الزمن في المرافعات ولا ثمرة لصدور الأَحكام ، إذا لم يكن من الميسور إجبار الرجل الموسر على الإنفاق في حالة عدم قيامه طوعا بأداء المحكوم به .

ومن المُلاحظ أنَّ إجراءات دعاوى الحبس ، بل وأحكامها ، لا تخرج عن كونها وسائل سِلْميّة ، رعاية لروابط الأُسر :

- فهي لا ترفع إلا من بعد أن يصير حكم النفقة نهائيا ، وبعد أن يكون المحكوم عليه على علم يقيني بمواعيد الأداء ، ويمتنع عن الأداء الذي يُسِّرت طرائقه ولو بالبريد .

- وإذا تم إعلانه بدعوى الحبس لم يحكم عليه بادىء الأمر ، بل يجب أن تثبت قدرته على أداء المتجمد من النفقة .

- وبعد إثبات يساره يُؤْمر بالدفع ، وتؤجَّل القضية لإعلانه بأمر الدفع ، أو يمهل مهلة معقولة .

- فإذا لم يمتثل بعد ذلك كلِّه حُكم عليه بالحبس مدة لا تجاوز ثلاثين يوما .

- ولا ينفذ هذا الحكم فور صدوره ، ولا بمجرد طلب تنفيذه ، بل يمكن أن يذهب أدراج الرياح إذا تَقدَّم المحكوم عليه فدفع المبلغ المحكوم بالحبس من أجله ، أو قدَّم به كفيلا مقتدرا .

كل ذلك يوضح أننا أمام مجرد وسيلة لتقريب الوفاء بالدَّين .

وليس من الصواب أن نعرقل هذا التشريع بعد أن أَخذت به القوانين الحديثة مجدداً ، واتبعه العالم المتحضر في جريمة هجر العائلة .

وبالرجوع الى أصل النظرية في الفقه الإسلامي نجدها مبنية على أن النفقة ضرورية لدفع الهلاك عن أفراد العائلة ، وبالحبس يُدفع الهلاك ويُستدرك الحق

قبل الفوات ، لأن الحبس يحمل رب العائلة على الأداء .

ولا مريةَ في أن هذا هو ما تبنَّته التشريعات في القرن الحالي .

ومما سلف يتضح أن الأحكام القائمة في هذه المسألة من ضروريات النظام الاجتماعي . وهي تَرْعى روابط الأسرة في سهولة ويسر بَالغَيْن ، وتتفق مع التقنين السائد في العالم الذي يهدف إلى حماية الأسرة ، ويجعلها قوام المجتمع .

من أجل ذلك لا نرى وجها للترابط بين التنفيذ الجبري في المتابعة الزوجية والتنفيذ بالحبس في أحكام النفقات ، فلا يقبل الاعتراض الثاني(١) .

٤ ـ وسائل الوفاء بواجبات الأسرة

لم يكن سَوْقُ المرأة جبرا إلى منزل الزوج وسيلة لحفظ **الأُسر** ، والقيام بالواجبات الزوجية المتعددة . وقد بَيَّنا أنه يخلق مشكلات ، ويثير فضائح ، ولن تستقيم بعده الحياة الزوجية ، وبهذا يظهر أن إلغاء التنفيذ الجبري في أحكام المتابعة أسلم عاقبة ، وأقوم سبيلا .

وفيما يلي تعرض ثلاثة حلول ، قد يؤدي أحدها إلى أملنا المرجو في إقامة مجتمع سليم :

الأول : جواز إرغام الزوجة على دخول المسكن الزوجي بالحكم عليها بغرامة يومية تهديدية عن كل يوم تتأخر فيه عن دخول المسكن .

غير أن هذا القضاء يعارضه أغلب رجال الفقه ، بناء على أن التزام المرأة بمعاشرة زوجها ليس التزاما متصلا بحق مالي ، ولكنه واجب مقابل حق قَوامَةٍ ، ولا يمكن أن يحل أو يقدَّر بنقود ، ومن ثَمَّ لا تُفرض فيه غرامة تهديدية ، لأن الغرامة التهديدية تعتبر عقوبة حقيقية(٢) .

وهذا يكفينا عناءَ البحث عن موقف الشريعة من هذا الرأي .

الثاني : تعميم أحكام القانون السوري في التفريق للشقاق والمضارة ، بإعطاء **كلٍّ** من الزوجين حق طلب التفريق القضائي ، على أن يكون الوصول إلى التفريق أمرا مقتضيا إذا أصر عليه الزوج أو الزوجة ولم يمكن التوفيق ، مع تحميل

(١) رد المحتار جـ ٤ ص ٤٤٧ .

(٢) دالوز العملي بند ٧١١ كلمة Mariage

المسيء منهما الخسار المالي المترتِّب على الفراق .

ومن عيوب هذا الرأي أنه يشجع الزوجة على المشاكسة على فصم عرا الزوجية بلا مبرر ، وأن الميزان المالي قد يؤدي إلى ما نعبر عنه بشراء الزوجات أو الأزواج من طرف غير منظور .

الثالث : تطبيق أحكام جريمة هجر العائلة على الزوجين ، فلا تستمر قاصرةً على امتناع المحكوم عليه عن دفع النفقة ، بل يجب أن تمتد إلى جميع الالتزامات ، فتشمل كلا من الزوجين اذا أهمل ما وجب عليه قِبَلَ الآخر أو نحو الأولاد ، سواء أكان الإهمال ماديا أم أدبيا .

وبذلك نضمن للزوجية الاستقرار ، وللأولاد التربية الكريمة والقدوة الحسنة .

وهذا النهج جاءت به الشريعة ، واتبعته القوانين :

ـ فقد بسط الفقهاء أحكام الجرائم التي تقع بوساطة الامتناع أو الترك وصرحوا بالمسؤولية الناشئة عن التسبب السلبي . ومن أمثلتهم على ذلك في نطاق الأسرة :

آ ـ امرأةٌ تُصْرع أحيانا فتحتاج إلى حفظها لئلا تقع في ماء أو نار ، وهي في منزل الزوج ، فعليه حفظها ، وإنْ لم يحفظها حتى ألقت نفسها في نار عند الصرع فعلى الزوج ضمانها .

ب ـ والصغيرة التي تحتاج إلى الحفظ ، وهي مسلَّمة الى الزوج إن لم يحفظها وضيَّعها ضمن .

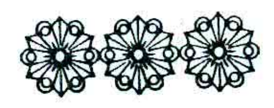
جـ ـ صبي ابن ثلاث سنين ، وحق الحضانة للأم ، فخرجت وتركت الصبي فوقع في النار ، تضمن الأم .

والشرائط التي أوجب قانون العقوبات تَوافرها في هذا النوع من الجرائم تتحقق في الحالات التي نحن بصددها . ومن أمثلتها حالة الأم التي تمتنع عن إرضاع ابنها حتى يموت .

والحقُّ اننا في حاجة شديدة إلى هذه الخطوة الإصلاحية : فأحكام الشريعة في الرضاع والحضانة لدى النساء أو الرجال تجبر الطرفين على القيام بالالتزامات

جَبْراً ، ومن المؤسف أن تبقى إلى اليوم أبحاثا نظريةً ، وسطورا تتلى ، وكلمات لا حياة فيها ، مع أن إهمال النشء ، ماديا أو أدبيا هو جريمة كبرى في حق الأُمة كلِّها ، ومن العبث أن يكون العلاج المفيد بأيدينا ، ولا نفكر في تعاطيه فنعيش :

كالعِيسِ في البيداءِ يقتُلها الظَّما   والماءُ فَوْقَ ظهورها مَحْمولُ[1] .



(١) انظر بحثا قيِّما للأستاذ عبد القادر المكاوي في كتاب(أسبوع الفقه الإسلامي)مهرجان ابن تيمية من ص ٢٩٧ ـ ٣٤٣ .

خاتمة

وبعد ،

فإنّني أَقِفُ القلم بعد إعياءٍ أثلجتُ به صدري طُفْتُ به حدائق الأصول الغَنَّاء ورياضها الفيح ، وتوصلتُ من بحثي هذا الى الحقائق الخمس التالية :

١ ـ الحقيقة الأولى : أن الاستحسان بمعناه الحقيقي وضوابطه الأصولية يقول به مجتهدوالمذاهب الأربعة وجمهور الفقهاء لايخالف عنه أحد ، وإنما الاستحسان بمعنى التَّشَهِّي والهوى فلا يقول به أحد ، فالخلاف في الاستحسان لفظي .

٢ ـ الحقيقة الثانية : أن الترجيح بين القياس والاستحسان في تعارضهما ليس بمجرد الخفاء والظهور بل بقوة الأثر ، وإن كان الأغلب كما ثبت بالاستقراء ترجيح الاستحسان على القياس إلا في مسائل معدودة يَتَرجَّحُ فيها القياس على الاستحسان .

٣ ـ الحقيقة الثالثة : أن مَحَلَّ الاستحسان واقعةٌ لا نصَّ تشريعيا فيها ، وأن المُسْتَحْسِن هو الجامع شرائط الاجتهاد المعروفة في علم الأصول .

٤ ـ الحقيقة الرابعة : أنَّ الاستحسان فرع من فروع الاجتهاد بالرأي الذي يُعْتبر أحد أنواع ثلاثة للاجتهاد العام .

٥ ـ الحقيقة الخامسة : أن للاستحسان ثمراتٍ منها : مرونة الفقه الإسلامي وخصوبته وصلوحيته للتطبيق ، ومنها كونه مصدراً من أهم مصادر الأحكام في النوازل التي لا نص فيها ولا اجتهاد . والله أعلم ، فاللهم إنْ كنتُ مصيبا فمن فضلك ولكَ المِنّةُ علَيَّ ، وإن كنتُ مخطئا فمن عفوك ولكَ الحُجَّةَ علي ، سبحانك فاغفر لي ، وَتَقَبَّل عملي هذا ، واجعله خالصا لوجهك الكريم . .

والحمد لله الذي بِنِعْمتِه تتمُّ الصَّالحاتُ

دمشق في ١٩٨٥/٧/٢٧

ملحق

بيانُ الخلاف اللفظي في الاستحسان

قال العلّامة الكوثري في مقدمته لنصب الراية ما نصه :

[ظَنّ أناس ممن لم يُمارِس العلم ، ولم يُؤتَ الفهم ، أن الاستحسان عند الحنفية هو الحكم بما يشتهيه الإنسان ، ويهواه ، وَيَلَذُّهُ ! حتى فسّره ابن حزم في «إحكامه» بأنه ما اشتهته النفس ووافقها ، خطأً كان أو صواباً . لكن لا يقول بمثل هذا الاستحسان فقيهُ من الفقهاء ، فلو كان هذا مرادَ الحنفية بالاستحسان ، لكان للمخالفين ، مِلءُ الحق ، في تقريعهم ، والردّ عليهم ، إلا أن المخالفينَ ساءت ظنونهم ، وطاشت أحلامهم ، ففوّقوا سِهاماً إليهم ، تَرتدّ إلى أنفسهم ، وذلك لِتَقَاصُرِ أفهامهم عن إدراك مَرامهم ، ودِقّةِ مُدرَكِ هذا البحث في حدّ ذاته .

وليس بين القائلين بالقياس من لا يَستحسن بالمعنى الذي يريده الحنفية[1] ، وهذا الموضعُ لا يتسع لذكر نماذج من مذاهب الفقهاء ، في الأخذ بالاستحسان . وإبطالُ الاستحسان ما هو إلا سبق قلم من الإمام الشافعي رضي الله عنه ، فلو صَحّت حُجَجُه في إبطال الاستحسان ، لقضَت على القياس الذي هو مذهبه ، قبل أن يَقضي على الاستحسان .

ومن الحكايات الطريفة في هذا الباب ، ما يُروَى عن إبراهيم بن جابر ، أنه لما سأله أحدُ كبار القضاة في عهد المتقي لله العباسي ، عن سبب انتقاله من مذهب

(١) أي فالاختلاف بينهم لفظي في التسمية وعدمها ، وهو الذي يُعبِّر عنه بعضُ الناس اليوم بقولهم : اختلافٌ اصطلاحي .

الشافعي إلى مذهب أهل الظاهر ؟ جاوبه قائلاً : «إني قرأت إبطال الاستحسان للشافعي ، فرأيته صحيحاً في معناه ، إلا أن جميع ما احتجّ به في إبطال الاستحسان هو بعينه يُبطِل القياس ، فصحّ به عندي بطلانُه» ، كأنه لم يُرِد أن يبقى في مذهب يَهُدّ بعضُه بعضاً ، فانتقل إلى مذهب يُبطلهما معاً .

لكن القياس والاستحسان ، كلاهما بخير ، لم يَبطل واحدٌ منهما بالمعنى الذي يريده القائلون بهما ، بل الخلاف بين أهل القياس في الاستحسان ، لفظي بحت .

وأودّ أن أسوق بعض كلمات من «فصول» أبي بكر الرازي ، لتنوير المسألة ، لأنه من أحسن من تكلم فيه بإسهاب مفهوم - فيما أعلم - .

وهو يقول في «الفصول» في بحث الاستحسان : «وجميعُ ما يقول فيه أصحابُنا بالاستحسان ، فانهم قالوه مقروناً بدلائله وحُجَجه ، لا على جهة الشهوة ، واتّباع الهوى ، ووجوهُ دلائل مسائل الاستحسان موجودة في الكتب التي عَمِلناها ، في شرح كتب أصحابنا ، ونحن نذكر هنا جملةً تُفضي بالناظر فيها إلى معرفة حقيقة قولهم في هذا الباب ، بعد تقدمةِ القول في جواز إطلاق لفظ الاستحسان ، فنقول :

لما كان ما حسَّنَه الله تعالى بإقامته الدلائل على حُسنه ، مستحسناً ، جاز لنا إطلاقُ لفظ الاستحسان ، فيما قامت الدلالة بصحته ، وقد ندَب الله تعالى إلى فِعله ، وأوجب الهداية لفاعله ، فقال عز من قائل : ﴿فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ، أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُو الْأَلْبَابِ﴾[1] .

ورُوي عن ابن مسعود ، وقد رُوي مرفوعاً إلى النبي ﷺ ، أنه قال : «ما رآه المسلمون حَسَناً ، فهو عند الله حَسَن ، وما رآه المؤمنون سيِّئاً ، فهو عند الله سَيِّءٌ»[2] . فإذا كنا قد وجدنا لهذا اللفظ أصلاً في الكتاب ، والسنة ، لم يُمنع

(١) من سورة الزُّمَر : ١٧ و١٨ .

(٢) والصحيح وقفة على ابن مسعود رضي الله عنه . وقد رواه عنه من كلامه الإمام أحمد في «المسند» ١ : ٣٧٩ ، والهيثمي في «مجمع الزوائد» ١ : ١٧٧ وقال : «أخرجه أحمد والبزار والطبراني في «الكبير» ، ورجالُه ثقات» . وقال الشيخ أحمد شاكر في تعليقه على «المسند» ٥ : ٢١١ «إسناده صحيح» .

إطلاقَه في بعض ما قامت عليه الدلالةُ بصحته على جهة تعريف المعنى وإفهامِ المراد . . .

ثم ليس يخلو العائبُ للاستحسان من أن ينازعنا في اللفظ ، أو في المعنى .

فإن نازعنا في اللفظ ، فاللفظ مُسَلّم له ، فليعبِّر هو بما شاء ، على أنه ليس للمنازعة في اللفظ وجه ، لأن لكل أحد أن يعبر عن المعنى بما عَقَله من المعنى بما شاء من الألفاظ ، لا سيما بلفظٍ يطابق معناه في الشرع ، وفي اللغة . وقد يعبر الإنسان عن المعنى بالعربية تارةً ، وبالفارسية أخرى ، فلا ننكره .

وقد أطلق الفقهاء لفظَ الاستحسان في كثير من الأشياء ، وقد رُوي عن إياس بن معاوية أنه قال : قيسُوا القَضَاءَ ، ما صَلَح الناس ، فإذا فسدوا ، فاستحسنوا . ولفظُ الاستحسان موجود في كتب مالك بن أنس . وقال الشافعي : أستحسِنُ أن تكون المُتعةُ ثلاثين درهماً . فسقَطَ بما قلنا المنازعةُ في إطلاقُ الاسم ، أو مَنْعُه .

وإن نازَعَنا في المعنى ، فإنما لم يُسلِّم خصمُنا تسليمَ المعنى لنا ، بغير دلالة . وقد اصطحَبَ جميعَ المعاني التي نذكرها ، ـ مما ينتظمه لفظ الاستحسان عند أصحابنا ـ إقامة الدلالةِ على صحته ، وإثباتُه بحُجّته .

ولفظُ الاستحسان يكتنفه معنيان :

أحدهما : استعمال الاجتهاد ، وغلبةُ الرأي في إثبات المقادير الموكولة إلى اجتهادنا وآرائنا ، نحو تقدير مُتعة المطلّقات ، قال الله تعالى : ﴿وَمَتِّعُوهُن على المُوسِعِ قَدَرُهُ ، وعلى المُقتِر قَدَرُهُ ، مَتاعاً بِالمَعْرُوفِ حَقّاً على المُحْسِنِينَ﴾[1]. فأوجبها على مقدار يَسارِ الرَجل وإعسارِه . ومِقدارُها غير معلوم ، إلا من جهة أغلب الرأي ، وأكثر الظن .

ونظيرُها أيضاً نفقاتُ الزوجات ، قال الله تعالى : ﴿وعلى المَولُودِ لَهُ رِزقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾[2] . ولا سبيل إلى إثبات المعروف من ذلك ، إلا من طريق الاجتهاد .

---

(١) من سورة البقرة : ٢٣٦ .

(٢) من سورة البقرة : ٢٣٣ .

وقال تعالى : ﴿وَمَن قَتَلَهُ مِنْكُم مُتَعَمِّداً ، فَجَزاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ، يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدلٍ مِنْكُم ، هَدياً بَالِغَ الكَعْبَةِ أو كَفَّارَةٌ : طَعَامُ مَسَاكِينَ ، أو عَدْلُ ذَلِكَ صِيَاماً﴾[1] .

ثم لا يخلو المِثلُ المرادُ بالآية ، من أن يكون القيمةَ أو النظيرَ من النَّعَم على حسب اختلاف الفقهاء فيه ، وأيهما كان ، فهو موكول إلى اجتهاد العَدلين .

وكذلك أُرُوشُ الجنايات التي لم يَرِد في مقاديرها نص ، ولا اتّفاق ، ولا تُعرَف إلا من طريق الاجتهاد . ونظائرُها في الأصول أكثر من أن تحصى ، وإنما ذكرنا منها مثالاً يُستدَلّ به على نظائره .

فسمَّى أصحابُنا هذا الضربَ من الاجتهاد استحساناً ، وليس في هذا المعنى خلاف بين الفقهاء ، ولا يُمكِنُ أحداً منهم القول بخلافه .

وأما المعنى الآخر من ضَرَبيْ الاستحسان ، فهو تَركُ القياس إلى ما هو أولى منه ، وذلك على وجهين :

أحدهما : أن يكون فرعٌ يتجاذبه أصلان ، يأخُذُ الشَّبَهَ من كل واحد منهما ، فيجب إلحاقُه بأحدهما ، دون الآخر ، لدلالة تُوجِبهُ ، فسمّوا ذلك استحساناً ، إذ لو لم يَعرِض شَبَه للوجه الثاني ، لكان له شَبَه من الأصل الآخر ، فيجب إلحاقُه به . وأَغمضُ ما يجيء من مسائل الفروع وأدقُّها مسلكاً :

ما كان من هذا القبيل ، ووَقف هذا الموقف ، لأنه محتاج في ترجيح أحد الوجهين على الآخر ، إلى إنعام النظر ، واستعمالِ الفِكر ، والرويّة ، في إلحاقه بأحد الأصلين دون الآخر . . .

فنظيرُ الفرع الذي يتجاذبه أصلان ، فيُلحَقُ بأحدهما دون الآخر ، ما قال أصحابنا ـ في الرجل يقول لامرأته : إذا حِضتِ ، فأنت طالق ، فتقول : قد حِضتُ ـ : إنّ القياس أن لا تُصدّق حتى يُعلَم وجودُ الحيض منها ، أو يُصدّقها الزوج ، إلا أنا نستحسن ، فنوقع الطلاق . قال محمد : وقد نُدخلُ في هذا الاستحسان بعضَ القياس .

---

(١) من سورة المائدة : ٩٥ .

قال أبو بكر : أما قولهم : إنّ القياس أن لا تُصدَّق ، فإن وجهه أنه قد ثبَتَ بأصل متفق عليه ، أنّ المرأة لا تُصدّق في مثله في إيقاع الطلاق عليها ، وهو : الرجل يقول لامرأته : إن دخلتِ الدار ، فأنت طالق ، وإنْ كلمت زيداً ، فأنت طالق ، فقالت بعد ذلك : قد دخلتُها بعد اليمين ، أو كلمتُ زيداً ، وكذّبها الزوج ، إنها لا تُصدّق ، ولا تَطلُقُ حتى يُعلَم ذلك ببيّنة ، أو بإقرار الزوج .

فكان قياسُ هذا الأصل يُوجِبُ أن لا تُصدّق في وجود الحيض ، الذي جعله الزوج شرطاً لإيقاع الطلاق .

وكما أنه لو قال لها : إذا حِضتِ ، فإنّ عبدي حر ، أو قال : فامرأتي الأخرى طالق ، فقالت : حضت ، وكذّبها الزوج : لم يَعتِق العبد ، ولم تَطلُق المرأة الأخرى .

فقد أخذَت هذه الحادثة شَبَهاً من هذه الأصول التي ذكرنا ، فلو لم يكن لهذه الحادثة غيرُ هذه الأصول لكان سبيلُها أن تُلحَق بها ، ويُحكَم لها بحكمها ، إلا أنه قد عَرَض لها أصل آخر ، منع إلحاقَها بالأصل الذي ذكرنا وأوجب إلحاقَها بالأصل الثاني :

وهو أن الله تعالى لما قال : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرحَامِهِنّ﴾[1] . ورُويَ عن السلف أنه أراد : من الحيض والحَبَلِ . وعن أُبيّ بن كعب أنه قال : من الأمانةِ أن ائتُمِنَت المرأة على فرجها . دَلّ وعظُه إياها ، ونهيُه لها عن الكتمان ، على قبولِ قولها في براءة رَحِمِها من الحَبَل ، وشُغلها به ، ووجودِ الحيض وعدمِه ، كما قال تعالى في الذي عليه الدّين : ﴿وَلْيَتّقِ اللهَ رَبّهُ وَلَا يَبْخَس مِنْهُ شَيْئاً﴾[2] . فلمّا وعَظَه ونهاه عن البخس والنقصان ، عُلِم أن المرجع إلى قوله في مقدار الدَّيْن .

فصارت الآية التي قدّمنا أصلاً في قبول قول المرأة إذا قالت : أنا حائض ، وتحريم وطئها في هذه الحال ، فإنها إذا قالت : قد طَهرتُ ، حلّ لزوجها قُربها ، وكذلك إذا قالت ، وهي معتدة : قد انقضت عِدّتي ، صُدّقت في

(١) من سورة البقرة : ٢٢٨ .

(٢) من سورة البقرة : ٢٨٢ .

ذلك، وانقطعَت رجعةُ الزوج عنها، بانقطاع الزوجيَّةِ بينهما. وكان المعنى في ذلك أن انقضاء العدة بالحيض معنىً يَخُصّها ، ولا يُعلَمُ إلا من جهتها ، فيُوجِبُ على ذلك ـ إذا قال الزوج : إذا حضتِ ، فأنتِ طالق ، فقالت قد حضتُ ـ ، أن تُصدّق في باب وقوع الطلاق عليها ، كما صُدّقَت في انقضاء العِدّة ، مع إنكار الزوجِ ، لأن ذلك معنىً يَخُصّها ، أعني أن الحيض لا يُعلَم وجودُه إلا من جهتها ، ولا يَطّلع عليه غيرُها .

ولأجل ذلك أنها لا تُصدَّقُ على وجود الحيض ، إذا عُلّق به طلاقُ غيرها ، أو عُلّق به عِتق العبد ، لأنه إنما جُعِلَ قولُها كالبيّنة في الأحكام التي تَخُصّها ، دون غيرها ، ألا ترى أنهم قالوا : إن الزوج لو قال : قد أخبرتني أن عِدّتها انقضت ، وأنا أريد أن أتزوج أختَها ، كان له ذلك ، ولا تُصدَّقُ هي على بقاء العدة في حقّ غيرها ، وتكون عِدّتُها باقيةً في حقها ، ولا تَسقط نفقتُها . فصار كقولها : قد حِضتُ ، وله حكمان : أحدهما : فيما يخصها ، ويتعلق بها ، وهو طلاقُها ، وانقضاءُ عِدّتها ، وما جَرَى مجرى ذلك ، فيُجعَلُ قولُها فيه كالبيّنة . والآخر : في طلاق غيرها ، أو عِتقِ العبد ، فصارت في هذه الحال شاهدةً ، كإخبارها بدخولِ الدار ، وكلامِ زيد إذا عُلّق به العتق ، أو الطلاق» . اهـ .

ثم ضربَ أبو بكر الرازي أمثالاً كثيرة ، مما يكون فيه لقولها حكمان من الوجهين ، وأجاد في ذكر النظائر ، إلى أن أتى دور الكلام في القسم الآخَر من الاستحسان ، وهو تخصيصُ الحكم مع وجود العلة ، وشرَحه شرحاً ينثلج به الصدر ، ولا يدع شكاً لمرتاب في أن هذا القسم من الاستحسان ، مقرون أيضاً في جميع الفروع ، بدلالة ناهضة ، من نص ، أو إجماع ، أو قياس آخر يوجب حكماً سواه في الحادثة ، وهذا القدر يكفي في لفت النظر ، إلى أن قول الخصوم في الاستحسان بعيد عن الوجاهة .[1]

---

(١) انظر فقه أهل العراق وحديثهم للعلامة الكوثري رحمه الله ص ٢٦ وما بعدها .

مسرد المصادر والمراجع

آ ـ علوم القرآن الكريم

البيضاوي : (أنوار التنزيل وأسرار التأويل) بشرح الخفاجي (عناية القاضي وكفاية الراضي) وشرح شيخ زاده وحاشية القونوي .
الجصاص : (أحكام القرآن)
الرازي (فخر الدين) : التفسير الكبير (مفاتيح الغيب)
الآلوسي (شهاب الدين) : (روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسَّبع المثاني)
النسفي (حافظ الدين) : (مدارك التنزيل وحقائق التأويل) ط دار الكتب المصرية
القرطبي : أحكام القرآن والتفسير الكبير (الجامع لأحكام القرآن)
ابن العربي : أحكام القرآن
الشافعي (الإمام محمد بن إدريس) : (أحكام القرآن)
السيوطي (عبد الرحمن) : (الإتقان في علوم القرآن) وأسباب النزول .
الزركشي (البَدْر) : (البُرهان في علوم القرآن)
الزُّرقاني : (مناهل العرفان في علوم القرآن)
الواحدي : (أسباب النزول)
البيهقي : (أحكام القرآن)
الفرّاء : (معاني القرآن)
الجَمَل : (الفتوحات الإلهية على الجلالين)
أبو السعود : (التفسير الكبير)
الخطيب الشربيني : (السِّراج المنير)

ب ـ علوم السنة

ابن الأثير الجزري : جامع الأصول ت : الأرناؤوط

ابن الأثير الجزري : النهاية في غريب الحديث

البخاري (الإمام محمد بن إسماعيل) : الجامع الصحيح بحاشية السِّندي

مسلم بن الحجاج (القشيري) : الجامع الصحيح

النووي (الإمام يحيى) : شرح مسلم

أبو داود : السنن

الترمذي : الجامع الصحيح

النسائي : السنن بشرح السيوطي

ابن ماجه : السنن

السهارنفوري : بذل المجهود بشرح سنن أبي داود

المباركفوري : تحفة الأحوذي بشرح سنن الترمذي

الهروي : غريب الحديث

مالك الأصبحي (الإمام) : الموطأ

السيوطي : تنوير الحوالك على موطأ مالك

عبد الرزاق (الصنعاني) : المصنَّف

ابن حجر (الحافظ) : فتح الباري بشرح صحيح البخاري

بلوغ المرام من أدلة الأحكام

الزَّيلعي : نصْبُ الراية في تخريج أحاديث الهداية

الرافعي (الشافعي وابن حَجَر : تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير

الطحاوي : مشكل الآثار وشرح معاني الآثار

القسطلاني : إرشاد الساري إلى شرح صحيح البخاري

حـ - الفقه الإسلامي بمذاهبه

الحصكفي (علاء الدين) : الدر المختار شرح تنوير الأبصار
ابن عابدين (محمد أمين) : رد المحتار على الدر المختار ط الأميرية بولاق ١٢٧٢
ومجموع الرسائل ، وتنقيح الفتوى الحامدية
ابن عابدين (علاء الدين) : التكملة لرد المحتار (قرة عيون الأنظار) ط الميمنية
الرافعي (عبد القادر) : التقريرات على رد المحتار طبعة بولاق
ابن قاضي سماونة (محمود بن إسرائيل) : جامع الفصولين
المرغيناني الرَّشداني : الهداية شرح البداية
ابن الهمام (الكمال) : فتح القدير بشرح الهداية مع تكملة قاضي عسكر
البابرتي (الأكمل) : العناية شرح الهداية
الباجوري : حاشية على ابن قاسم الغزي
الشيرازي (أبو إسحق) : المهذَّب
النووي : المجموع شرح المهذب
الطحطاوي : حاشية على الدر المختار
الدسوقي (المالكي) : حاشية على الدردير (الشرح الكبير) على متن خليل
ابن قدامة المقدسي : المغني في فقه الحنابلة شرح المقنع
الشوكاني : نيل الأوطار
الكاساني الحنفي (علاء الدين) : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (شرح التحفة للسمرقندي)
الأتاسي (خالد) : شرح المجلة ، وولده (طاهر)
قدري (محمد قدري باشا) : الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية
ومرشد الحيران في أحوال الإنسان وشرحه للأبياني والسنجلفي
الأبياني (زيد) : شرحا الأحكام الشرعية الصغير والكبير
ابن جُزي المالكي : القوانين الفقهية

الماوردي : الأحكام السلطانية والولايات الدينية
الفراء (أبو يعلى) : الأحكام السلطانية
ابن حزم : المحلَّى - والإحكام في أصول الأحكام
ابن نُجيم (زين الدين) : الأشباه والنظائر و(البحر الرائق شرح كنز الدقائق)
السيوطي : الأشباه والنظائر
القرافي (شهاب الدين) : الفروق
الحَموي : غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر
جودة (باشا) وجماعة من العلماء : مجلة الأحكام العدلية
الرملي (الشافعي) : حاشية الرملي على أسنى المطالب
الرملي (الحنفي) خير الدين : الفتاوى الخيرية
قدري (أفندي) الحنفي : واقعات المفتين
الخادمي (أبو سعيد) : مجامع الحقائق
الحمزاوي (محمود) : القواعد الفقهية
ابن القيم : أعلام الموقعين عن رب العالمين
باز (سليم رستم) : شرح المجلة
المحاسني (محمد سعيد) : شرح المجلة
ابن غانم البغدادي : مجمع الضمانات
ابن عبد السلام المالكي (عز الدين) : قواعد الأحكام في مصالح الأنام والقواعد الكبرى
ابن رجب الحنبلي : القواعد
عالم كير وجماعة من علماء الهند : الفتاوى الهندية
قاضيخان : الفتاوى على هامش الفتاوى الهندية
علي أفندي : فتاوى علي أفندي
الشيخ زاده : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر
محمد بن الحسن (الإمام الشيباني) : شرح السِّير الكبير والأصل ، والنتف في الفتاوى

السمرقندي (أبو الليث) : خزانه الفقه وعيون المسائل ت د . صلاح الدين الناهي

منلا خسرو (محمود بن فراموز) : الدرر شرح الغرر

الطرسوسي : معين الحُكّام

الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

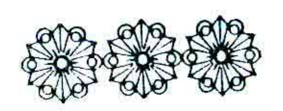
الحدادي : الجوهرة النيرة

الحاكم الشهيد والسرخسي : الكافي والمبسوط شرحه

ابن رشد (أبو الوليد) : بداية المجتهد ونهاية المقتصد

الأنصاري (الإمام أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم) : الخَراج وشروحه

النووي (الإمام يحيى بن زكريا) : المجموع شرح المهذّب للشيرازي



د ـ أصول الفقه وأصول الدِّين :

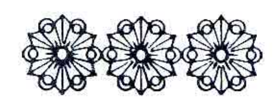
الآمدي : (الإحكام في أصول الأحكام) ط. صبيح ١٣٤٧
البخاري (عبد العزيز) : كشف الأسرار على أصول البزدوي
ابن مسعود (صدر الشريعة عبيد الله) : التوضيح في حل غوامض التنقيح
التفتازاني (السعد) : التلويح على التوضيح وحواشيه
البهاري (محب الدين بن عبد الشكور) • مسلَّم الثبوت مع منهواته
الأنصاري : فواتح الرحموت على مسلم الثبوت
البيضاوي : منهاج الأصول
الإسنوي : نهاية السول شرح منهاج الأصول ، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول
البدخشي : مباهج العقول شرح مناهج الأصول
ابن الهمام : التحرير
ابن أمير الحاج : التقرير والتحبير شرح التحرير
ابن باد شاه : تيسير التحرير
البصري (أبو الحسين) : المعتمد شرح العمدة
الشاطبي الغرناطي المالكي : (أبو إسحق اللخمي) : الموافقات في أصول الشريعة و(الاعتصام)
الغزالي حجة الإسلام : المستصفى المنخول .

الشاشي (الحنفي) : أصول الشاشي من عمدة الحواشي
ابن السبكي (تاج الدين) : جمع الجوامع
المحلي والبناني والعطار شروح جمع الجوامع
ابن قاسم العبَّادي : الآيات البينات
الشوكاني : إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول

منلا خسرو (محمود بن فراموز) : مرآة الأصول في شرح مرقاة الأصول مع حاشية الفاضل الإزميري
الإزميري : حاشية على المرآة
ابن قدامة المقدسي : روضة الناظر وجنة المناظر
ابن الحاجب : مختصر المنتهى
الإيجي (عضد الملة والدين) : شرح مختصر المنتهى مع حواشي التفتازاني والجرجاني والهروي
ابن السبكي تقي الدين وتاج الدين : الإبهاج في شرح المنهاج
الأنصاري (زكريا) : لب الأصول غاية الأصول شرح اللب

الدُّبوسي (أبو زيد الحنفي) : تأسيس النظر ، وتقويم الأدلة
الفناري (محمد بن حمزة بن محمد) : فصول البدائع في أصول الشرائع
الإيجي (عضد الملة والدين) : المواقف في علم الكلام
الجرجاني : (السيد الشريف) : شرح المواقف
النسفي (حافظ الدين أبو البركات) : المنار في أصول الحنفية ط العثمانية مع شروحه :
العيني (شرح على المنار)
ابن المَلَك (عبد اللطيف) (شرح على المنار) شرح المصنِّف
(كشف الأسرار)
الرهاوي وعزمي زاده (شروح على النار)
الحصكفي (علاء الدين) شرح على المنار
ابن عابدين (محمد أمين) (حاشية نسمات الأسحار على شرح الحصكفي على المنار)
ملّاجيون (نور الأنوار)
اللكنوي (محمد عبد الحي) (قمر الأقمار

على شرح نور الأنوار لملاجيون
ابن نجيم (زين الدين)
مشكاة الأنوار
فتح الغفار
ابن حزم : (ملخَّص إبطال القياس والرأي والاستحسان والتقليد والتعليل)
ط جامعة دمشق ١٩٦٠
الشافعي (الإمام محمد بن إدريس) : الرسالة الأصولية و(الأم)
الكرماستي (الحنفي) : الوجيز في أصول فقه الحنفية



هـ . اللغة والمعاجم

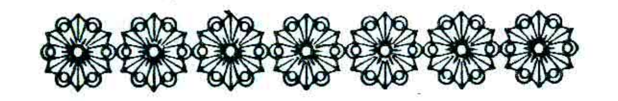
ابن منظور (أبو المكارم) : لسان العرب
الزمخشري (محمود) : أساس البلاغة
الفيومي : المصباح المنير
التهانوي : كشاف اصطلاحات الفنون
الجرجاني (علي) : التعريفات
ابن سِيدة : المخصص (في اللغة)
ابن السِكِّيت : إصلاح المنطق
ابن السبكي : طبقات الشافعية الكبرى ط البابي الحلبي
اللكنوي (أبو الحسنات) : الفوائد البهية في تراجم الحنفية
ابن فرحون : الديباج المُذْهب في أعيان المذهب
لجنة من العلماء : معجم ألفاظ القرآن الكريم
الكفوي : الكليات
المطرزي : المُغْرب
ابن فارس : مقاييس اللغة

و ـ الكتب المعاصرة

السنهوري (عبد الرزاق) الدكتور : مصادر الحق في الفقه الإسلامي
نظرية العقد
الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني
الوسيط شرح القانون المدني
شلبي (د . محمد مصطفى) : المدخل لدراسة الفقه الإسلامي
الخفيف (علي): أحكام المعاملات الشرعية
الزرقا (مصطفى أحمد) : المدخل الفقهي العام
نظرية الالتزامات العامة في الفقة الإسلامي
نظرية الالتزامات العام في القانون المدني
عقد التأمين
ابو سنة (أحمد فهمي) الدكتور : النظرية العامة للمعاملات (نظرية الحق)
مرسي (محمد كامل) : الأموال
أصول الفقه ، ومصادر التشريع فيما لا نص فيه
أصول التشريع الإسلامي
ابن بدران : المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل
فيض الله (د . فوزي) : المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون
الفرفور (الدكتور محمد عبد اللطيف) : ابن عابدين وأثره في الفقه ؛ دراسة مقارنة بالقانون
الزحيلي (الدكتور وهبة) : نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي نظرية الضمان
الحافظ (محمد مطيع) : فهرس مخطوطات الظاهرية (الفقه الحنفي)
زيد (د . مصطفى) : المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي
الخضر (أحمد مهدي) : فهرس ابن عابدين
أسبوع الفقه الإسلامي : جماعة من العلماء
أبو زهرة (محمد) : (أبو حنيفة والشافعي ومالك وابن حنبل) ط دار الفكر العربي

مسرد تحليلي للمواضيع

الموضوع — رقم الصفحة



ثبت
بأبرز المصنفات للمؤلف

آ) أبرز المصنفات المطبوعة :

١ - (ابن عابدين وأثره في الفقه ، دراسة مقارنة بالقانون) رسالة دكتوراه في ثلاث مجلدات كبار (على المكتاب) .

٢ - (نظرية الاستحسان في التشريع الإسلامي وصلته بالمصلحة المرسلة) وهو هذا الكتاب .

٣ - (الزاد في أصول الفقه الإسلاميَ) مطبوع في جزء واحد .

٤ - (الوجيز في أصول استنباط الأحكام) مطبوع في جزأين بمجلدين في زهاء ألف صفحة .

٥ - (مشاعل على الطريق) مطبوع في جزء واحد .

٦ - (معايير الفكر) مطبوع في جزء لطيف .

٧ - (الزنابق ديوان شعر) مطبوع في جزء واحد .

٨ - (فتح الفتاح وثغر النرجس الفوَّاح في علم الاصطلاح) منظومة مطبوعة في رسالة .

٩ - (الصيام في المذاهب الأربعة من الفقه الإسلامي) مطبوع في مجلَّد .

١٠ - (أحكام الصلاة في المذهب الشافعي) مطبوع في رسالة .

١١ - (تحفة الناسك في بيان المناسك للإسلامبولي الحنفي) شرح وتحقيق - مطبوع .

١٢ - (تجويد التجويد لكتاب الله المجيد) مطبوع في رسالة .

١٣ - (خصائص الفكر الإسلامي) مطبوع في مجلَّد .

١٤ - (شرح المنظومة الرحبية في علم الفرائض) مطبوع في رسالة .

١٥ - (معجم أعلام دمشق في القرن الرابع عشر للهجرة) قيد الطبع في مجلَّد كبير .
١٦ - (الأصول العامة لصناعة الإنشاء في لغة العرب) قيد الطبع في مجلَّدين وسط .
١٧ - (شرح مباحث الزواج من قانون الأحوال الشخصية السوري) على المكتاب .
١٨ - (أبحاث في العقيدة - شرح وتحقيق وتعليق على شرح بدء الأمالي للقاري الهروي في العقائد) مطبوع .
١٩ - (أغاريد) مجموعة شعرية .
٢٠ - (المدخل الى تاريخ الفقه الإسلامي) (على المكتاب) .
٢١ - (الأربعون الصحاح) في رسالة .

ب) أبرز الكتب المخطوطة الناجزة :

١ - (ثبت الأثبات في الأسانيد العوالي الصالحيات) في مجلَّد كبير .
٢ - (من ثمرات النظرات) كتاب في جزء واحد .
٣ - (الفقه الإسلامي ، ينابيعه - تاريخه - ومذاهبه) في مجلَّدين .
٤ - (المدخل الى المذهب الحنفي) في مجلَّد كبير .
٥ - (عقود التأمين وإعادة التأمين في الشريعة الإسلامية والبديل الإسلامي) في مجلَّد .
٦ - (شرح الأربعين العسقلانية) في مجلَّد .
٧ - (بُلْغة المُطالع في بيان المَطالع) رسالة .
٨ - (أحكام النقود) .
٩ - (اختلاف المشارب في تفسير آيتَيْ المشارق والمغارب) .
١٠ - (المجد الباذخ في التراجم لعلمائنا الأعلام الشوامخ) الثَبَت الكبير ، في مجلَّد .
١١ - (الثَبَت العلمي الوجيز) وهو مختصر من (المجد الباذخ) في رسالة .
١٢ - (سِيَر من أخبار العلماء المعاصرين) الجزء الأول في علماء دمشق - في مجلَّدات .